



Revista de Investigación Jurídica
ISSN 2307-8804

LA TRIBUNA DEL ABOGADO

VOLUMEN XIII – EDICIÓN N° 02- FEBRERO 2022

Lima - Perú

Revista de Investigación Jurídica “LA TRIBUNA DEL ABOGADO”

Publicación Mensual de carácter
Jurídico
Edición N° 02, Febrero 2022

ISSN 2307-8804

Indexada en:
[http://www.latindex.unam.mx/buscad
or/ficRev.html?folio=22603&opcion=1](http://www.latindex.unam.mx/buscad
or/ficRev.html?folio=22603&opcion=1)

Instituto de Capacitación y Desarrollo – ICADE

Av. Tacna 329 – Of. 1102 – Cercado de
Lima
Teléfono: (01) 4262989/ RPM:
#996797582
Web: www.icafe.com.pe
Email: icafe_capacitacion@hotmail.com

Hecho Deposito Legal en la Biblioteca
Nacional del Perú N° 2010-14427
Impreso en los Talleres Gráficos:
INDUSTRIA GRAFICA CREA S.A.C.
Jr. Bolívar 879-Trujillo

DIRECTOR DE REVISTA

Dra. Lady J. Dávila Delgado

CONSEJEROS

- Dr. Máximo Tello Vargas
- Dr. Víctor M. Soto
Remuzgo

COMITÉ EDITORIAL

- Milagros Ferré Arauco
- Yovanna I. Alva Poma
- Gerardo G. Hernández
Valdivia

EDITOR

Instituto de Capacitación y
Desarrollo – ICADE

DISEÑO DE CARATULA

Francisco Silva Ceron

De las opiniones sustentadas en los trabajos firmados responden exclusivamente sus autores. El hecho de su publicación no implica en manera alguna que esta Revista de Investigación Jurídica del INSTITUTO DE CAPACITACION Y DESARROLLO - ICADE, se solidarice con su contenido.

CONTENIDO

Nº Pág.

CARACTERISTICAS DE LA REVISTA	
PRESENTACIÓN	9
<hr/>	
AYALA VALENTIN WILFREDO IVAN	11
Derechos Humanos y Derechos Fundamentales	
<hr/>	
CHARAPAQUI POMA, CARLOS	33
Convenciones sobre hechos y medios probatorios en Juicio Oral	
<hr/>	
CISNEROS IBANA LUIS FERNAN	49
La Prevención del Delito Como Sistema Político Criminal	
<hr/>	
MEJIA JAMANCA, MARCO ANTONIO	69
La Reparación Civil En El Proceso Penal	
<hr/>	
PANDURO HOYOS, SARA AURORA	87
La Necesidad de Tratamiento Psicológico de Las Agraviadas Desde El Acto de La Denuncia Policial Con Fines de Recuperación Integral	
<hr/>	
PIMENTEL CRUZADO DANTE E.	113
Detención preliminar judicial ¿medida excepcional o instrumento?	
<hr/>	
QUILCA MOLINA, MARTHA ROCIO	135
El Derecho Laboral En El Marco De La Nueva Dinámica Jurídica Del Siglo XXI	
<hr/>	
VILLALOBOS MENDOZA, HECTOR MANUEL	157
El delito de infracción del deber y el tratamiento al extraneus	
<hr/>	
INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES	179

CARACTERÍSTICAS DE LA REVISTA

LA TRIBUNA DEL ABOGADO

La Revista LA TRIBUNA DEL ABOGADO es una publicación de investigación Jurídica del Instituto de Capacitación y Desarrollo - ICADE, de periodicidad mensual, cuya finalidad es la divulgación del conocimiento en Derecho Penal, Civil, Constitucional, Administrativo y otros afines al derecho. Es un espacio abierto a la comunidad.

La lectura de la Revista La Tribuna del Abogado es de interés primordial para profesionales, docentes y estudiantes de educación superior que deseen actualizarse o profundizar en temas de Derecho.

El editorial recoge los puntos de vista de la Institución, del Comité Editorial o de la Dirección. Los conceptos expresados en los artículos y ensayos competen a sus autores.

Como mínimo dos evaluadores externos al Comité Editorial, y usualmente también externos a ICADE, dan su dictamen especializado acerca de cada artículo y ensayo que se somete a su juicio.

CARACTERÍSTICAS DE LOS ARTÍCULOS Y ENSAYOS

El Comité Editorial estudia los artículos y ensayos recibidos y decide sobre su inclusión en la Revista. Ejerce la facultad de efectuar en los textos los ajustes de redacción adecuados para la mayor claridad, coherencia y corrección.

Los artículos y ensayos deben ser inéditos y no estar a consideración de otra publicación. Se aceptan artículos y ensayos en español y quechua. Las especificaciones relativas a estructura, extensión, envío y otros aspectos formales se detallan en la sección “Instrucciones para los autores” al final de este ejemplar.

PROCESO DE EVALUACIÓN DE ORIGINALES

La evaluación de los artículos y ensayos es de tipo anónimo, en cuyo proceso no se conocen entre sí el autor y el revisor. Los evaluadores o pares son dos o más, y su concepto se emite por escrito.

En ejercicio del derecho de publicación que le asiste, el Comité Editorial revisará los originales, con asesoría calificada cuando fuere necesaria, e informará a los autores si el artículo o ensayo se descarta, si se les devuelve para el cumplimiento de las normas de presentación o para mejorar su estructura y redacción, o si pasa a evaluación.

PRESENTACIÓN:

La Revista Jurídica «La Tribuna del Abogado» tiene el objetivo de difundir artículos y ensayos originales e inéditos de investigación dogmática, legislativa, institucional y comparada en todas las ramas del Derecho.

En los artículos de esta edición se tocan temas como: DERECHOS HUMANOS Y DERECHOS FUNDAMENTALES, CONVENCIONES SOBRE HECHOS Y MEDIOS PROBATORIOS EN JUICIO ORAL, LA PREVENCIÓN DEL DELITO COMO SISTEMA POLÍTICO CRIMINAL, LA REPARACIÓN CIVIL EN EL PROCESO PENAL, LA NECESIDAD DE TRATAMIENTO PSICOLÓGICO DE LAS AGRAVIADAS DESDE EL ACTO DE LA DENUNCIA POLICIAL CON FINES DE RECUPERACIÓN INTEGRAL, DETENCIÓN PRELIMINAR JUDICIAL ¿MEDIDA EXCEPCIONAL O INSTRUMENTO?, EL DERECHO LABORAL EN EL MARCO DE LA NUEVA DINÁMICA JURÍDICA DEL SIGLO XXI. “EL DELITO DE INFRACCIÓN DEL DEBER Y EL TRATAMIENTO AL EXTRANEUS”

Como se puede apreciar son temas de mucha importancia que tanto para los profesionales de derechos y público en general es grato que estos profesionales compartan sus conocimientos., La Revista la Tribuna del Abogado, extiende su invitación y abre sus páginas al servicio de todos ustedes, con el compromiso de exhibir y mantener la calidad de sus trabajos.

Dirección

“DERECHOS HUMANOS Y DERECHOS FUNDAMENTALES”

Autor (a):
AYALA VALENTIN, WILFREDO IVAN

JUEZ SUPERNUMERARIO INTEGRANTE JUZGADO
PENAL COLEGIADO TRANSITORIO DE ATE

RESUMEN

En el presente artículo, el autor realiza un prolijo estudio sobre los derechos fundamentales y los derechos humanos desde diversas perspectivas jurídico doctrinales, a fin de esclarecer la relación que se presenta entre ambos conceptos y como se manejan en el ámbito del derecho internacional como nacional de los Estados. Por tanto, el objetivo fue analizar los derechos fundamentales dentro del marco de los derechos humanos a fin de explicar su naturaleza epistemológica tan poco tratada por parte de la doctrina jurídica.

Palabras Clave: Derechos fundamentales, derechos humanos, constitución, dignidad humana, constitucionalismo.

ABSTRACT

In this article, the author makes a detailed study on fundamental rights and human rights from different legal and doctrinal perspectives, in order to clarify the relationship between both

Artículo

concepts and how they are handled in the field of international and national law of the States. Therefore, the objective was to analyze fundamental rights within the framework of human rights in order to explain their epistemological nature so little treated by the legal doctrine.

Keywords: Fundamental rights, human rights, constitution, human dignity, constitutionalism.

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN
2. DERECHOS FUNDAMENTALES Y CONSTITUCIÓN: EL PUNTO DE INFLEXIÓN DEL CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÁNEO
3. PRIMACÍA DE LA PERSONA Y DIGNIDAD HUMANA
4. INTERNACIONALIZACIÓN DE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS
5. DERECHOS HUMANOS Y DERECHOS FUNDAMENTALES
6. CONCLUSIONES
7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. INTRODUCCIÓN

El tema de los derechos humanos es protagonista de una larga y compleja evolución con un único objetivo: la protección del individuo. Así, si el siglo XIX fue el siglo de la



afirmación del principio de igualdad formal y de los derechos absolutos de libertad como libertades negativas que oponían directamente la autonomía del sujeto privado a la autoridad del Estado, de la que pretendía defenderse—, las Constituciones democráticas contemporáneas completan y superan el planteamiento liberal, identificando en los derechos un momento de afirmación y desarrollo de la personalidad y un principio de organización de la sociedad.

De este modo, los derechos representan necesidades individuales y de grupo y revelan ante todo los valores cuya protección el Estado debe asumir como objetivo de su acción y como límite de su soberanía. La protección del individuo, visto en lo concreto de su existencia, adquiere así un significado social: la libertad es ahora, ante todo, libertad frente a la necesidad, por lo que el Estado se compromete a corregir las injusticias sociales inherentes al modelo económico abandonado a su suerte. Por ello, las Constituciones contemporáneas se caracterizan por la presencia de diversos "derechos sociales".

En este contexto, la salvaguarda, dentro de cada Estado, de los derechos humanos que la legislación nacional e internacional debe garantizar a las personas, que a menudo son víctimas de abusos, adquiere una importancia fundamental. Por ello, en la presente comunicación, me enfoco en analizar los derechos fundamentales dentro del marco de los derechos humanos a fin de explicar su

Artículo

naturaleza epistemológica tan poco tratada por parte de la doctrina jurídica.

2. DERECHOS FUNDAMENTALES Y CONSTITUCIÓN: EL PUNTO DE INFLEXIÓN DEL CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÁNEO

El estudio de los derechos fundamentales no puede dejar de vincularse a la evolución del constitucionalismo contemporáneo: la identificación del nuevo papel que la Constitución asume dentro del ordenamiento jurídico clarifica, de hecho, el *quid novi* en la protección de las libertades y la correspondiente confluencia de este último tema en el más amplio de los derechos fundamentales (Vettori, 2010).

En efecto, el análisis de los problemas inherentes a la protección de la persona humana implica necesariamente una atención simultánea a la organización social y política en la que ésta vive: es imposible hablar de derechos sin enfrentarse a las fuerzas, cualquiera que sea su naturaleza, que condicionan su existencia y su modo de ser (Córdova, 2020). Trazar el desarrollo del tema de los derechos de la persona humana significa, pues, esbozar la evolución de un ideal de sociedad, de organización de las relaciones entre el individuo y el Estado, entre los gobernantes y los gobernados: esa evolución que encuentra, en definitiva, su lugar de aterrizaje y su síntesis en los textos constitucionales del siglo XX (Marcheco-Acuña, 2020). Existe, entre estos textos y los estatutos liberales del siglo XIX, una diferencia fundamental que hace que su conexión sólo sea comparable a un parentesco lejano y descolorido: Las Constituciones contemporáneas, de hecho, tienden a excederse respecto a la tradicional función organizativa y compositiva de los poderes ya existentes y pretenden convertirse en instrumento instituyente de los mismos. Por esta razón, esas Constituciones necesitan declararse políticamente, especialmente mediante el recurso a normas de principio vinculantes (Bernal-Bermúdez, 2014).

En otras palabras, en el contexto de las Constituciones nacidas después de la Segunda Guerra Mundial existe una finalidad que no

se encuentra en las Constituciones del siglo XIX: la de identificar los elementos esenciales sobre los que asentar toda la organización estatal, los valores que fundamentan su existencia y su funcionamiento⁴; más precisamente, estas Constituciones tienden a ser un medio de regular los valores éticos y sociales que deben vincular al legislador (Alterio, 2021).

Los estatutos liberales no necesitaban principios fundadores, pues presuponían una unidad política ya dada, el Estado: así, todos los problemas que hoy se definen como "constitucionales", desde la legitimación de los poderes hasta la garantía de los derechos, eran en realidad problemas de Estado, es decir, problemas de la organización del Estado y de su poder normativo. Para definir lo que es la Constitución no hace falta ningún principio fundacional, ni del democrático, pues, como afirma Ferrajoli (2014), la cuestión de la legitimación de los poderes públicos, y en particular de la potestad de configuración legislativa, tiene un carácter puramente procedimental, que pertenece a las normas del Estado que regulan la forma de constitución de uno o varios de sus órganos, y en particular del Parlamento; ni de la inviolabilidad de los derechos, pues la garantía de los derechos se resuelve también íntegramente en el seno del Derecho público estatal, merced a aquellas normas particulares del Estado que se ocupan de los límites que deben ponerse al ejercicio de los poderes públicos.

Lo que queda fuera, en este sistema, es la política, entendida como la búsqueda de un principio de legitimación de los poderes públicos y de los principios fundadores de la convivencia social; pero, antes incluso, queda fuera la sociedad, es decir, el mundo relacional del individuo, las instituciones en las que vive y expresa su personalidad (la familia, la empresa, el mundo del trabajo, etc.).); todo ello se circunscribía simplemente al ámbito privado, en plena sintonía con la concepción que deseaba una clara distinción entre la esfera de lo público y la esfera de lo privado (Quintero, 2018), la esfera del Estado y la esfera de los derechos, y esta última sujeta a restricciones en la medida en que se considerase oportuno sobre la base de razones de interés público discretamente identificadas por el Estado.

Artículo

Las Constituciones contemporáneas, por su parte, deberán declararse políticamente, mediante la afirmación de diversos principios (como el principio democrático, el principio de inviolabilidad de los derechos fundamentales, el principio de igualdad), precisamente porque se erigen en el momento fundacional de una determinada organización estatal, sentando las bases de su legitimación. De ahí que a las Constituciones contemporáneas se las denomine también, con un juego de palabras, "constituyentes" (Arrieta et al., 2019). Estos principios se convierten no sólo en el origen, en el momento formativo de las Constituciones, sino que tienen una fuerza tan omnipresente que exigen que la organización de los poderes públicos no sólo se fundamente en ellos, sino que también sea instrumental en su aplicación: en este sentido, no sólo son un *prius* lógico que hay que respetar, sino también un proyecto que hay que realizar (Ferrajoli, 2014).

Las Constituciones pretenden diseñar una concepción de la política, por así decirlo, "elevada", es decir, emancipada del mero juego de fuerzas y mayorías, y dirigida ante todo a concretar los principios estructurales de organización estatal que expresa. La soberanía del Estado subsistirá, por tanto, dentro de los límites de esos principios, y el Estado se verá también cargado con "un complejo de nuevas tareas de protección y promoción" (Quintero, 2018), absolutamente impensables en el marco de las constituciones liberales.

En este contexto, siguiendo a Ferrajoli (2014), la rigidez de las Constituciones actuales, que les es absolutamente característica, no representa más que el epifenómeno de la dogmática de la que emanan: son rígidas en la medida en que enuncian los principios estructurales de un determinado tipo de organización estatal, dentro de cuya órbita puede y debe actuar el legislador y que, como tales, son inmutables, salvo en las formas y dentro de los límites en que así lo establezca la Constitución. Por tanto, es en el contexto de estos principios donde se articula y complica la problemática inherente a la relación autoridad-libertad, tal y como la plantea el Estado de Derecho liberal, en la cuestión de los derechos fundamentales. De hecho, la afirmación del principio de inviolabilidad de los derechos de la persona humana es de importancia esencial para las

constituciones democráticas, hasta el punto de que es posible identificar una interrelación (necesaria) entre la democracia (pluralista) y la protección de los derechos fundamentales de la persona humana en los sistemas político-constitucionales contemporáneos: la democracia pluralista es una organización político-constitucional cuyo *principium essendi ac operandi* viene dado por los derechos constitucionales de la persona humana. En este sentido, el punto de inflexión esencial que alcancen las Constituciones contemporáneas será hacer de la protección de la persona humana un principio de la organización del Estado, superando definitivamente la separación tajante entre la esfera de la autoridad y la de la libertad, hasta recomponer esa antítesis en una relación de coordinación (Juárez, 2011) en la que el punto de equilibrio sea la persona. Pero entender cómo se hace posible este punto de inflexión requiere que la atención se desplace a la reconsideración filosófica y ética que han recibido la persona y la sociedad en general.

3. PRIMACÍA DE LA PERSONA Y DIGNIDAD HUMANA

Afirmar que en las constituciones democráticas contemporáneas el reconocimiento de los derechos humanos fundamentales se convierte en el fundamento primordial y al mismo tiempo en el fin último de la vida políticamente organizada es poner de relieve un hecho completamente nuevo: el de la primacía de la persona humana sobre el Estado.

Esto sitúa a los sistemas actuales de protección de los derechos individuales en una perspectiva de inversión más que de continuidad con la experiencia liberal del siglo XIX. La consolidación de la primacía de la persona humana tiene lugar en un clima cultural en el que el propio ser humano, en primer lugar, adquiere una nueva dimensión de valor: «El constitucionalismo personalista», en efecto, «ha abandonado por completo al pasado de la civilización liberal el tipo ideal de la persona humana como hombre privado cuya libertad se materializa en la propiedad (...)» «vive, en cambio, de la cultura del ser: la persona es dignidad» (Viciano-Pastor y Moreno-González, 2018, p. 192). En las organizaciones político-

Artículo

constitucionales contemporáneas, los conceptos de democracia pluralista y de teoría de los derechos del hombre y del ciudadano están estrechamente interrelacionados en la medida en que ambos presuponen una reconsideración del concepto ontológico (meramente ontológico) de individuo y una reordenación de las relaciones entre autoridad y libertad.

En el Estado liberal, la concepción de los derechos del ciudadano se basaba, como se ha recordado anteriormente, en la clara división entre interés privado e interés público, entre sociedad y Estado, de modo que era posible identificar dos ámbitos diferenciados: uno era la esfera de la «libertad», en la que el individuo era dueño de su «esfera privada», el otro era la esfera pública, en la que el Estado ejercía su soberanía, sin más límites que los basados en su propia apreciación del interés público.

El hombre era considerado, pues, en una dimensión abstracta-individualista, es decir, como un sujeto dotado de una libertad teóricamente ilimitada sobre su propia esfera personal y privada; todo lo que concernía, en cambio, a las relaciones entre los individuos, y entre éstos y las instituciones públicas y, por tanto, a su vida relacional concreta, se consideraba en realidad sometido a la soberanía del Estado (Ferrajoli, 2011a). La garantía de los derechos del ciudadano era, pues, una garantía formal-procesal constituida por el principio de legalidad, que aseguraba que la intervención limitadora procedía de un acto de un órgano, el Parlamento, expresión de la voluntad del pueblo (Caicedo-Tapia et al., 2010). En esta concepción no había interés general distinguible del interés del Estado, como no había otra relevancia del hombre que la ontológica que lo veía como sujeto capaz de voluntad y acción y que lo destacaba por lo que era y no por lo que tenía.

La experiencia contemporánea supera este planteamiento desde la base: Los acontecimientos habían puesto dramáticamente de relieve no sólo las implicaciones autoritarias que esa concepción podía fácilmente consentir, sino también cómo las libertades del ciudadano eran necesarias, más que para proteger un dominium

privado, para preservar la dignidad de "ser hombre...". Lo que es el ser de la persona, sus necesidades, sus exigencias, todo, en fin, lo que hace que una existencia merezca ser vivida, se convierte en la base del reconocimiento de ciertos derechos de la persona humana, de modo que ya no pueden entenderse simplemente como formas de limitación que se oponen a la soberanía del Estado, sino como los medios por los que se realiza la personalidad humana.

Los derechos son ahora, ante todo, instrumentos de autorrealización personal (Ferrajoli, 2013). El individuo se destaca como persona (Quintero, 2018), entendida como valor «abarcador de la totalidad de las relaciones humanas fundamentales» (Acuña, 2014, p. 241), considerada, por tanto, en la concreción de su vida real, como sujeto de relaciones dentro de las cuales tiene lugar su personalidad: se afirma por su dignidad de ser humano.

Dignidad y socialidad se convierten, por tanto, en las dos palabras clave: la persona humana entendida en su integridad es el valor supremo, y el Estado es soberano en la medida y dentro de los límites en que actúa en función de la protección y el desarrollo de la persona humana, garantizando sus derechos inalienables. Las Constituciones contemporáneas superarán así la asfixiante concepción liberal de los derechos que los relegaba a la libertad negativa, en relación con el poder público, sustituyéndola por la, así llamada, libertad-autonomía (libertad positiva): los derechos fundamentales se transformarán de simples derechos de defensa y obligaciones de no intervención del Estado en deberes de protección estatal, y por tanto en obligaciones de actuar e incluso en normas que fijan tareas al Estado (Ferrajoli, 2001).

En este sentido, la dignidad humana es entonces el "punto arquimédico" del orden político-constitucional contemporáneo (Ferrajoli, 2001), es decir, el momento a través del cual la relación Estado-sociedad supera la separación y la antítesis, y se resume en la asunción por parte del Estado de una función instrumental de garantía del pleno desarrollo de los valores personalistas (Ferrajoli, 2013).

Artículo

4. INTERNACIONALIZACIÓN DE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

El periodo posterior a la Segunda Guerra Mundial no sólo se caracterizó por el advenimiento de las Constituciones democráticas (Ahl, 2010), sino también por una expansión gradual de la cuestión de los derechos humanos, cuya relevancia ya no era meramente interna, sino también interestatal (o supranacional). Existe, de hecho, un fenómeno progresivo de "internacionalización" (Kao, 2010) de los derechos humanos, nacido no de especulaciones de carácter teórico, sino de la necesidad concreta de salvaguardar el conjunto de valores relativos a la persona humana más allá y frente a la soberanía de los Estados individuales.

Mateos et al. (2012) señalan cómo la humanidad, tras salir del baño de sangre de la Segunda Guerra Mundial, se había dado cuenta de que la condición humana había sido en todas partes, más allá y en contra de toda garantía constitucional de los Estados individuales, ofendida hasta la degradación y la aniquilación física y que, por tanto, debía ser protegida en una instancia ulterior y superior a la del orden estatal (Ferrajoli, 2013). Sobre estas premisas, se han formalizado y firmado Actas, Declaraciones, Cartas, Convenios y Pactos, con el fin de proteger a la persona humana, mediante la enunciación solemne de sus derechos o el establecimiento de organizaciones de cooperación entre los Estados adherentes (Gallardo-Falconi et al., 2020).

Entre estos últimos, es imposible no mencionar a las Naciones Unidas (ONU), que, de acuerdo con los propósitos generales de su Carta fundacional, aprobó la "Declaración Universal de los Derechos Humanos" el 10 de diciembre de 1948 en forma de resolución de la Asamblea General. Este acto tiene un indudable valor político, derivado de haber sido aprobado por un organismo al que se adhieren la mayoría de los estados del mundo, pero su valor en sentido estrictamente jurídico es muy limitado, ya que la aplicación depende de cada estado y la ONU no tiene poder para sancionar a la autoridad que no reconozca o viole alguno de los derechos proclamados. De hecho, el verdadero problema, en el ámbito

internacional, no es tanto el reconocimiento, sino la aplicación y protección de los derechos (Mateos et al., 2012).

En este sentido, la cuestión es predominantemente política, ya que para lograr el objetivo de una protección efectiva de los derechos humanos (con dispositivos capaces de defenderlos no sólo dentro del Estado, sino también frente al Estado al que pertenece el individuo) sería imprescindible que el sistema internacional proporcionara los órganos y poderes necesarios para hacer valer los derechos humanos cuando son violados y que y que, por tanto, los Estados reconocen un poder deliberativo, dotado de fuerza ejecutiva, por encima de los poderes deliberativos y ejecutivos de cada uno de ellos (Gallardo-Falconi et al., 2020), Sería necesaria, en definitiva, una cesión de soberanía por parte de las organizaciones estatales que, sin embargo, a lo largo de los años han mostrado grandes reticencias en este sentido (Cervantes-Alcayde, 2019).

Sin embargo, esto no resta valor moral y cultural a los convenios internacionales de derechos humanos. De hecho, en muchos círculos se ha señalado que las cartas internacionales han desempeñado un papel decisivo en la formación de movimientos de opinión y organizaciones no gubernamentales destinadas a proteger los derechos.

Las organizaciones no gubernamentales (que, en realidad, no son más que la representación de esa sociedad civil a la que se refieren los Tratados), en particular, tienen el mérito de mantener siempre un perfil alto incluso en los temas más incómodos, desempeñando a menudo también un papel supletorio respecto a las ineficiencias estatales; ahora, además, parecen imponerse como un nuevo sujeto en la política internacional: algunas de ellas, de hecho, tienen estatus consultivo ante las organizaciones internacionales, envían informes paralelos a los de los Gobiernos, colaboran también de alguna manera en las negociaciones y vigilan su aplicación. Sin embargo, un paso decisivo en el fortalecimiento de la protección de los derechos humanos se dio con la firma de acuerdos (a nivel regional) en los que, además de la provisión de catálogos de derechos, se crearon sistemas de garantía a los que podían acudir

Artículo

no sólo los Estados sino también los particulares; el tema de los derechos humanos se convirtió así, al menos en el contexto de estas Convenciones, en una materia muy peculiar para el derecho internacional: una materia en la que fue adquiriendo relevancia una nueva subjetividad: la del individuo

5. DERECHOS HUMANOS Y DERECHOS FUNDAMENTALES

Los derechos que históricamente se afirmaron en primer lugar son los que consagran las llamadas libertades individuales, es decir, las necesidades básicas, también llamadas de primera generación, como las puramente físicas y psicológicas, como el derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de la persona. Estas categorías de necesidades —también según las determinaciones de la ONU— adquieren la definición de fundamentales porque su violación afecta negativamente a la vida de los seres humanos. En este sentido, los derechos adquieren la connotación de naturales, ya que son comunes a toda la raza humana; universales, ya que son idénticos para todos los individuos independientemente de cualquier diferencia étnica, religiosa, natural y psicológica; indivisibles, ya que no pueden ser separados ni superados por otros derechos afines y competidores; inalienables, ya que nunca pueden ser arrebatados y están destinados a durar toda la vida. Se trata, en otras palabras, de derechos que, al reivindicar una serie de libertades, adquieren un carácter predominantemente individual, garantizando a sus destinatarios la protección frente al Estado mediante la limitación de sus intervenciones, tal como proclama la Declaración (Ruggeri, 2011).

Por lo tanto, parece inaceptable la afirmación de quienes sostienen que los derechos fundamentales son los derechos que corresponden a todos como personas físicas, o como ciudadanos o, en el caso de los derechos potestativos, como capaces de actuar o como ciudadanos capaces de actuar (Ferrajoli, 2001). Esta definición parece agrupar como titulares de derechos considerados fundamentales únicamente a todos los seres humanos que, además de su condición de personas, tienen también la de ciudadanos y, sobre todo, capacidad de obrar. Tal definición, en mi opinión,

parecería poco convincente si tenemos en cuenta que la titularidad de los derechos que comúnmente se definen como fundamentales no puede reconocerse a "clases" de sujetos sino —precisamente por ser fundamentales— universalmente a todos, como "seres".

Teóricamente, por tanto, la globalización del pensamiento moral debería conducir a una visión universal de los derechos y, en consecuencia, debería favorecer el surgimiento casi espontáneo y necesario de una aplicación y salvaguardia de todos los derechos universalmente definidos e identificados como universales, es decir, pertenecientes al género humano. Ciertamente, también surgen algunas dudas por lo ocurrido en las últimas décadas en la escena internacional, en la que, en nombre de la afirmación de los derechos humanos, las potencias occidentales que se han movilizad para restablecer la democracia en determinados Estados (Afganistán, Irak, Libia) han violado de hecho estas "conquistas". Hemos asistido, en la práctica, a una sustracción del concepto de justicia al "enemigo" exclusivamente para apoderarse de él; en otras palabras, no se ha tratado simplemente de la afirmación del derecho humanitario, sino del intento -aunque exitoso- neoimperialista de globalizar la economía de mercado, pintado como una acción humanitaria.

Nos encontramos, en mi opinión, ante un tipo de neoimperialismo extremadamente sofisticado que se desarrolla en términos de distribución del poder político que permite, por un lado, reivindicar el derecho a derrocar a un gobierno hostil y, por otro, mantener a los pueblos sometidos en un estado de inferioridad en antítesis con su aparente plena autonomía interna, incluido el pleno derecho de ciudadanía, siempre y en todo caso comprimido en sus relaciones con el exterior (Arrieta et al., 2019). Por otra parte, los Estados deberían recuperar sus prerrogativas originales, que son puramente políticas; sería igualmente necesario que el Estado se ocupara exclusivamente de buscar, salvaguardar y promover la paz interior y exterior, respetando siempre las expectativas de las personas. A este respecto, conviene recordar que los gobernantes, es decir, los políticos, deben esforzarse por lograr un progreso incesante e imparable en la dirección de la paz y la libertad, ya que estos últimos

Artículo

principios garantizarían un libre intercambio entre los distintos Estados del planeta Tierra, de modo que una comunidad jurídica universal dejaría de ser una utopía.

En cambio, desde los años setenta, asistimos a una cierta desvinculación de las funciones propias del Estado en favor de las grandes multinacionales, que han tomado posesión de la gestión de los servicios esenciales, antaño prerrogativa exclusiva del Estado. Se ha contraído de facto el disfrute de derechos esenciales y fundamentales o, en el mejor de los casos, la degradación de tales derechos que ya no pueden ejercerse, no por voluntad propia ni por voluntad directa de la Autoridad, sino por el consiguiente empobrecimiento de las funciones de ésta en favor de terceros con vistas a ahorrar a toda costa. Los principios de inviolabilidad, supremos por definición, se ven así "traicionados", dado que "inviolabilidad" no es sino sinónimo de "irretractabilidad"; en otras palabras, la naturaleza esencial de estos derechos no podría ser alterada o modificada ni siquiera mediante el procedimiento agravado de la revisión constitucional (Ferrajoli, 2011b). Nos encontramos, por tanto, no con derechos proclamados, subrayados, verdaderos, sino con derechos de papel (Acuña, 2014), ya que estos derechos sólo están escritos y no se aplican o no se aplican plenamente en la realidad porque, muy a menudo, no existen los instrumentos necesarios para garantizar su aplicación completa. La paradoja es que, a pesar de la inaplicabilidad de los derechos fundamentales en la práctica, asistimos a una proliferación de derechos y, al mismo tiempo, a una tendencia a reformular todo tipo de reivindicaciones en derechos; el abanico de posibles titulares de derechos parece, además, haberse ampliado de forma desproporcionada e incluso extenderse a las "generaciones futuras". Los llamados derechos fundamentales han experimentado en el curso de las últimas décadas, precisamente por el principio del dinamismo y la evolución de las necesidades que se han ido ampliando progresivamente, una ampliación radial de la protección hacia un círculo cada vez mayor de sujetos sin que, por otra parte, se deriven deberes jurídicos para nadie más, refutando la teoría

kelseniana según la cual no puede existir un derecho para un sujeto sin que surja un deber para otro.

De hecho, según el autor, "fuera del ordenamiento jurídico estatal - y cuya esfera la teoría se esfuerza por llenar con derechos de libertad se encuentra fuera del ordenamiento jurídico- no puede haber ningún "derecho". Llegados a este punto, creo que puede establecerse una distinción, sin pretensión de absoluto ni de exhaustividad, entre las dos categorías de derechos fundamentales y de derechos humanos, si es que existe, que posiblemente sirva para desencadenar un amplio debate clarificador. Muy a menudo, como hemos observado, los dos términos derechos humanos y derechos fundamentales se utilizan indistintamente y se solapan como si fueran la misma categoría de derechos. De hecho —y no podía ser de otra manera— los derechos fundamentales comprenden aquellos derechos que, colocados por la autoridad según los procedimientos del propio ordenamiento, se consideran dignos de la máxima protección y por ello garantizados a través de normas imperativas. Los derechos humanos, por otra parte, como pertenecientes a todo el género humano (*genus*), al menos a nivel teórico, ni siquiera deberían codificarse como incluidos en los derechos fundamentales. En otras palabras, los derechos humanos no sólo son independientes de todos y cada uno de los "sistemas" sino que, sobre todo, precisamente porque existen fuera de cualquier contexto, son absolutos y no relativos. De ello se deduce, por tanto, que los derechos humanos son inviolables e intangibles en todas partes, en todos los lugares del planeta Tierra, siendo liberados e independientes del ordenamiento jurídico de cada Estado. Podemos, pues, definirlos, en función de su intangibilidad, como también inmutables porque surgieron con el nacimiento mismo del género.

CONCLUSIONES

El tema de la universalización de los derechos fundamentales tiene al menos dos acepciones: una lógico-formal, y otra sustantiva; en referencia a la acepción lógico-formal conviene partir de la consideración de que no se puede hablar de universalidad de los derechos fundamentales en términos absolutos porque, como hemos

Artículo

tenido ocasión de discutir a lo largo de este artículo, la titularidad de estos derechos se reconoce normativamente a determinados sujetos, o más bien clases de sujetos. De hecho, ya es sabido que la principal distinción, si no la única, entre derechos fundamentales y derechos humanos está representada precisamente por la codificación normativa y, por tanto, por la concesión, mientras que los derechos humanos existen independientemente de cualquier normativa, calificándose de derechos absolutos.

Los derechos fundamentales, en cambio, pueden definirse como relativos, en el sentido de que su disfrute sólo está relacionado en la medida en que el sistema los ha reconocido como tales. Desde este punto de vista, no puede apoyarse plenamente el argumento de quienes sostienen que los derechos fundamentales deben incluir también los derechos de ciudadanía y capacidad jurídica, que constituyen las barreras a la igualdad de los propios derechos fundamentales. Estos parámetros, de hecho, determinan la desigualdad de los sujetos pertenecientes a una misma categoría y, por lo tanto, discriminan y no unifican, y en lugar de universalizar o, mejor, hacer que todos los destinatarios de los derechos fundamentales sean equidistantes entre sí con respecto a los mismos derechos, los sitúan en un nivel de desigualdad que acentúa este aspecto.

En definitiva, los derechos fundamentales, si realmente queremos hacerlos universales, deben necesariamente desvincularse de los conceptos restrictivos y constreñidos de ciudadanía y capacidad de obrar; no todos los sujetos, en efecto, destinatarios de normas consideradas esenciales por el sistema que las dictó deben, para ser protegidos por el mismo sistema, ser ciudadanos o capaces de obrar. La protección jurídica, según las codificaciones de las constituciones modernas, se desprende de hecho del concepto restrictivo de pueblo y nación, como para afirmar, aunque sea indirectamente, la universalidad de ciertos derechos erga omnes. La característica de universalidad forma parte integrante del concepto mismo de derechos fundamentales, y creo que es fácil ver que inherente al concepto mismo de derechos fundamentales está el hecho objetivo de que tales derechos son, por definición, para todos, es decir, no

son propiedad de un pueblo o de una clase o categoría particular de individuos. Y, por otra parte, quienes sostienen que sólo son válidos sujetos a ciertos presupuestos —por ejemplo, sólo en determinados ámbitos culturales, o sólo si están enraizados en la metafísica occidental, o en la teología judeocristiana, o sólo en una sociedad individualista y burguesa—, en realidad ya no están hablando de derechos humanos, sino de derechos de los americanos, de los estadounidenses, de los cristianos, de los blancos, o de los ciudadanos de las democracias occidentales.

En términos más claros, los derechos humanos engloban sobre todo valores que constituyen sustancialmente la dignidad humana y, por tanto, es impensable su privatización, es decir, su reconocimiento sólo a determinadas categorías. Es muy fácil, por tanto, observar que no es casualidad que la Declaración Universal de 1948 no mencione la locución "internacional", que habría asumido un peso restrictivo y no global, sino "universal" precisamente para situar estos derechos en una esfera más amplia y general con el fin de implicar a todos los países de la Tierra, sin excluir a ninguno. De modo que estos derechos constituyen obligaciones *erga omnes* reconocidas por numerosos gobiernos e instituciones internacionales: en definitiva, no sólo la presencia de los derechos humanos ha producido una revolución en el derecho internacional público, sino —lo que es aún más importante— precisamente la convicción de su universalidad. Además, al tratarse de derechos libres de todo condicionamiento y, por tanto, comunes a todos, en la medida en que son universales, pertenecen a la categoría de normas *ius cogens*, es decir, imperativas que, al ser también universalistas, favorecen la interacción y el diálogo que, en última instancia, pueden permitir su aceptación por todos los tipos culturales, sin distinción alguna entre culturas y tradiciones diferentes.

Obviamente, para que el disfrute de los derechos fundamentales sea efectivamente operativo para todos los seres humanos, especialmente en el ámbito supranacional o internacional, hay que tender a prepararse para superar el concepto restrictivo, tal y como se acuñó en el pasado, de ciudadanía, que de otro modo se convertiría en fuente de desigualdad al situar el mismo derecho de

Artículo

disfrute en distintos niveles, en función de la calificación jurídica de los sujetos.

Desde un punto de vista sustantivo, los derechos fundamentales sólo se convierten en tales si son atribuibles y se atribuyen a todos los seres humanos, desvinculándolos, de forma clara y definitiva, de la abstracción "ciudadanía" que, de otro modo, se convierte en una barrera infranqueable para la efectividad de los propios derechos. En otras palabras, los derechos fundamentales, independientemente de la norma que los identifique, son distintos y ajenos a la misma norma que los postula como derechos inherentes a la propia naturaleza del hombre. No es casualidad, en efecto, que todas las declaraciones internacionales califiquen de universales los derechos inherentes a cada ser humano, sin hacer referencia alguna al territorio ni a la nacionalidad y la ciudadanía. Para seguir en el ámbito regional, no podemos sino estar de acuerdo en que la ciudadanía europea consiste en un estatuto que identifica el conjunto de derechos asociados al mismo sin relación con la nacionalidad, identificándolo más bien con una comunidad política. ¿Por qué, entonces, no puede "exportarse" este planteamiento teórico al sentido más amplio de un territorio más extenso, es decir, el globo terráqueo?

Si el requisito para ser titular de determinados derechos vinculados a la ciudadanía peruana o americana es ser ciudadano de un Estado miembro, ¿por qué no puede darse el mismo requisito en el ámbito de la ciudadanía mundial? Además, reforzaría lo que se afirma en todas las declaraciones internacionales que universalizan los derechos referidos a cada ser humano, sin distinción de ciudadanía en el sentido nacional, y que, de hecho, crearía el requisito previo para la deseable concepción de que los derechos civiles, sociales y políticos no son necesariamente sólo referibles a los ciudadanos de un único Estado, sino que se hacen extensibles a todos aquellos que se encuentran, aunque sea temporalmente, en su territorio.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. Acuña, J. M. (2014). Democracy and rights in the inter American system of human rights . *Cuestiones Constitucionales*, 30, 3–23. <https://www.scopus.com/inward/record.uri?eid=2-s2.0-84906877236&partnerID=40&md5=88b259291d8f2a1f3ada248eb224a44f>
2. Ahl, B. (2010). Exploring ways of implementing international human rights treaties in China. *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 28(3), 361–403. <https://doi.org/10.1177/016934411002800303>
3. Alterio, A. M. (2021). Inclusion in Roberto Gargarella’s democratic theory. Some questions regarding the all possible affected principle of participation in Gelman v. Uruguay case . *Revista Derecho del Estado*, 49, 111–130. <https://doi.org/10.18601/01229893.N49.07>
4. Arrieta, G. A., Martínez, J. J. B. y Lizarazo, J. O. U. (2019). Fundamental rights in natural and legal persons. The validation of an instrument, the analysis of conceptions and the training strategy for professionals or students of law . *Revista Republicana*, 2019(26), 109–142. <https://doi.org/10.21017/Rev.Repub.2019.v26.a62>
5. Bernal-Bermúdez, L. (2014). Crimes against humanity: Global justice and the human rights discourse. *Vniversitas*, 129, 17–38. <https://doi.org/10.11144/Javeriana.VJ129.cahg>
6. Caicedo Tapia, D., Porras, A. y Ecuador. Ministerio de Justicia, D. H. y C. S. de D. N. (2010). *Igualdad y no discriminación: el reto de la diversidad*. Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos. http://library1.org/_ads/BC85D3CFBC18D1E720836D341FF80E6D
7. Cervantes Alcayde, M. (2019). Constitutionalization of international law of the human rights and the limitation of its scope through the constitutional interpretation in Mexico . *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 51(153), 19–41. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2019.153.13257>
8. Córdova, M. Á. (2020). Constitutional X-ray of pro persona principle . *Cuestiones Constitucionales*, 2020(42), 155–180. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2020.42.14340>
9. Ferrajoli, L. (2001). Los Fundamentos De Los Derechos

Artículo

- Fundamentales. En *Trotta*. Editorial Trotta.
10. Ferrajoli, L. (2011a). Poderes salvajes. En *Editorial Trotta*. Editorial Trotta.
 11. Ferrajoli, L. (2011b). *Principia Iuris: Teoría de la democracia*. Editorial Trotta.
 12. Ferrajoli, L. (2013). *Garantismo; Una discusión sobre derecho y democracia*. Editorial Trotta.
 13. Ferrajoli, L. (2014). *La democracia a través de los derechos*. Editorial Trotta.
 14. Gallardo Falconi, D. R., Rivera López, J. G., Delgado Alcivar, M. C. y Mafla Quiroz, D. M. (2020). Human rights and society . *Universidad y Sociedad*, 12(s1), 362–372. <https://www.scopus.com/inward/record.uri?eid=2-s2.0-85100848051&partnerID=40&md5=d55d9a6ac8e64b1e9de2afce86a4a1cc>
 15. Juárez, K. C. (2011). A new constitutional panorama for the international human rights law in Mexico . *Estudios Constitucionales*, 9(2), X123-164. <https://www.scopus.com/inward/record.uri?eid=2-s2.0-84855598632&partnerID=40&md5=00dcd19255db1e8e89c8b999d59854fa>
 16. Kao, G. Y. (2010). Grounding human rights in a pluralist world. En *Grounding Human Rights in a Pluralist World*. Georgetown University Press. <https://www.scopus.com/inward/record.uri?eid=2-s2.0-84895005549&partnerID=40&md5=279e6925b7b2fa6964a28b99c6ef84f1>
 17. Marcheco Acuña, B. (2020). The constitutionalism of rights and the limits of constitutional interpretation (Critical comments on the sentences on equal marriage in Ecuador) . *Revista Espanola de Derecho Constitucional*, 2020(119), 185–205. <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.119.06>
 18. Mateos, J. M., Beltr, J. F. y Beitz, C. (2012). *La idea de los derechos humanos*.
 19. Quintero, G. M. (2018). The pro persona principle: The formula of the best right . *Cuestiones Constitucionales*, 39, 201–228. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2018.39.12654>
 20. Ruggeri, A. (2011). Sistema integrado de fuentes y sistema integrado de interpretaciones en la perspectiva de una Europa Unida. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 15(1), 393–428.

21. Vettori, G. (2010). The interpretation according to human rights, fundamental freedoms and constitutional laws (art. 1:102 DCFR). En *European Private Law after the Common Frame of Reference* (pp. 24–35). Edward Elgar Publishing Ltd. <https://www.scopus.com/inward/record.uri?eid=2-s2.0-84881838245&partnerID=40&md5=1bd0e9b4223209286b7b207fa5dcac78>
22. Viciano Pastor, R. y Moreno González, G. (2018). When judges declare constitution as unconstitutional: Presidential reelection in latin-american according to the last decisions of the constitutional courts . *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 22, 165–198. <https://doi.org/10.18042/cepc/aijc.22.06>

“CONVENCIONES SOBRE HECHOS Y MEDIOS PROBATORIOS EN JUICIO ORAL”

Autor (a) :
CHARAPAQUI POMA, CARLOS

Juez Superior (P) de la Sala Penal Permanente de
San Juan de Lurigancho.

RESUMEN:

El presente trabajo aborda el tema de las convenciones sobre hechos y medios probatorios en Juicio Oral, para lo cual se han tocado diversos puntos relacionados con el caso materia de análisis. Así se empieza con la *parte introductoria* (I); 2.1. Convenciones: convenciones de hechos y de medios probatorios, 2.2. Convenciones sobre hechos en el Código de Procedimientos Penales, 2.3 convenciones probatorias en el Código de Procedimientos Penales, 2.4. Beneficios de la aplicación de las convenciones de hechos y medios probatorios, 2.5. Aplicación de las Convenciones en el desarrollo del Juicio oral en el Código de Procedimientos Penales, 2.6.- Las convenciones de hechos y de pruebas en el nuevo Código Procesal Penal; III. Conclusiones

ABSTRACT

The present work deals with the subject of the conventions on facts and evidentiary means in Oral Trial, for which several points related to the case matter of analysis have been touched upon. This begins with the introductory part (I); 2.1. Conventions: conventions of facts and evidential means, 2.2. Conventions on facts in the Code of Criminal Procedure, 2.3 evidentiary conventions in the Code of Criminal Procedures, 2.4. Benefits of the application of the conventions of facts and evidentiary means, 2.5. Application of the Conventions in the oral trial in the Code of Criminal Procedures, 2.6.- The conventions of facts and evidence in the new Code of Criminal Procedure; III. Conclusions

PALABRAS CLAVES:

CONVENCIONES, HECHOS, MEDIOS PROBATORIOS, INSTRUCCIÓN, JUICIO ORAL, ACUSACION

KEYWORDS:

CONVENTIONS, ACTS, PROBATION MEANS, INSTRUCTION, ORAL JUDGMENT, ACCUSATION

I.- INTRODUCCIÓN:

Quienes aún nos encontramos liquidando las causas bajo las normas del Código de Procedimientos Penales, a raíz de la entrada en vigencia del Código Procesal Penal, como es el caso del distrito judicial de Lima Este, tenemos el inconveniente de la aplicación de la institución



de las convenciones probatorias, en las audiencias de juicio oral; Institución que no se encuentra regulada bajo los alcances del viejo Código de Procedimientos Penales, como si se encuentra debidamente establecido en el Código Procesal Penal del 2004.

Un intento de esta regulación, en el viejo ordenamiento, fue con la dación del Decreto Legislativo 1206, publicado el 23 de setiembre del 2015, donde se introdujeron una serie de cambios al Código de Procedimientos Penales, específicamente el art. 77, del mencionado texto normativo, en la que se incorporaron las convenciones probatorias, de hechos y de medios probatorios.

Asimismo, como consecuencia de este decreto legislativo, se realizaron cambios al trámite de las denuncias, pues ya no era el juez quien en solitario realizaba su calificación, sino se tenía que realizar mediante una audiencia. En esa línea era el Representante del Ministerio Público quién se encargaba de presentar el escrito solicitando una diligencia de presentación de cargos, donde debiera sustentar las razones por la cual debiera aperturarse el proceso judicial contra el imputado.

De haberse dictado el auto apertorio de instrucción el Juez instaba a las partes sobre la posibilidad de llegar a algún acuerdo sobre los hechos y los medios probatorios, propuestos por el Titular de la acción penal. Si los acuerdos se dieran sobre los hechos, estos ya no serían materia de investigación. En el caso que se den sobre los

Artículo

medios probatorios, ya no sería necesario la incorporación de nuevos medios probatorios que acrediten tales hechos, en el curso de la investigación o instrucción.

Como se podrá apreciar, las convenciones a raíz de la incorporación del Decreto Legislativo 1206, era posible llevarse a cabo en el desarrollo de la audiencia de presentación de cargos, con lo cual se daba inicio a la fase de la instrucción o investigación judicial; sin embargo, la norma no dice nada respecto a la posibilidad de que estas convenciones probatorias puedan llevarse a cabo durante el desarrollo del Juicio Oral, bajo los lineamientos del Código de Procedimientos Penales.

En ese sentido el presente trabajo tratará de hacer un aporte, frente a la posibilidad de poder realizar este tipo de convenciones en juicio oral, de la misma manera a la oportunidad en la que se podrá realizar el mismo, con la única finalidad de simplificar el desarrollo de las audiencias.

II.- DESARROLLO

Previo al desarrollo del presente trabajo definiremos en que consiste la convención.

2.1.- Convención.- Según el Diccionario de la Real Academia Española, significa acuerdo o pacto entre personas, organizaciones o países¹

De acuerdo al diccionario jurídico, la convención deriva del latín conventio, lo cual a su vez deriva de la palabra convenire, convenium, que es el acuerdo de dos o más personas sobre una misma cosa. La convención integra el género; y el contrato, la especie. La convención es un acuerdo de voluntades, cuyo efecto puede constituir, o no, una obligación; el contrato es una especie de convención hecha con el fin de obligarse².

De esta definición se advierte que el convenio tiene que ver con el acuerdo a la que llegan las personas libres de impedimento, de

¹ <http://www.rae.es/>

² <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/convencion/convencion.htm>

donde se desprenderán algún tipo de obligación, como consecuencia de la negociación a la que arriben.

Realizado esta breve definición, de lo que viene hacer la convención, a raíz de la dación del Decreto legislativo 1206, se desprende dos tipos de convenciones, las que tienen que ver con los hechos y con los medios probatorios, como a continuación se pasará a desarrollar con cada uno de ellos.

2.1.1. Convenciones de hechos

Del decreto legislativo en referencia, se puede desprender que las convenciones sobre hechos son acuerdos que realizan las partes, luego de la apertura de instrucción, en torno a las circunstancias de cómo se han realizado el evento delictivo.

Pueden las partes estar de acuerdo con la totalidad de los hechos expuestos o podría darse el caso solamente sobre una parte de ellos. En ambos casos se indicaban en que extremo lo estaban, lo que traería como consecuencia que se realicen las convenciones probatorias sobre esos extremos, permitiendo exonerar de su discusión, investigación o el aporte probatorio sobre ese punto en consenso. Este hecho probado, el Juez, tanto en los procesos sumarios como en los ordinarios lo debiera asumir como acreditado al momento de emitir la sentencia respectiva.

2.1.2. Convenciones probatorias

Una vez realizada los acuerdos sobre los hechos, las partes podían también convenir sobre los elementos de convicción propuestos en la solicitud de presentación de cargos, los cuales serán puestos de manifiesto por el juez de la causa.

Los consensos podrán darse en forma total como parcialmente. En ese último caso se dará sobre algunos de los elementos de convicción, propuestos por el titular de acción penal, en tal caso las partes podrán solicitar la realización de nuevas diligencias para la obtención de un medio probatorio que sustente los cargos o para contradecirlos si es que no se hubiese recabado un elemento de convicción con las garantías del caso o la ampliación del mismo cuando sea indispensable.

Artículo

Las convenciones probatorias para el maestro César San Martín, citando a Silva Corredor, es un acuerdo entre las contrapartes donde se va a establecer como demostrados unos hechos específicos o circunstancias concretas del complejo hecho objeto de imputación o en las que se estipula ámbitos del hecho, sin que ello signifique terminación anticipada del proceso³

Por su parte Pablo Talavera, afirma que las convenciones probatorias son acuerdos adoptados entre el fiscal y la defensa para tener por probados alguno o algunos hechos o circunstancias, así como sobre los medios de prueba que deban ser utilizados para probar determinados hechos⁴.

Como se podrá apreciar ambos autores coinciden en señalar que este tipo de estipulaciones son realizadas entre fiscal y defensa del procesado, en torno a los hechos o medios probatorios propuestos por el representante del Ministerio Público, aunque nada impide que los estos mismos pactos puedan también realizarse sobre el aporte probatorio del abogado defensor.

2.2.- Convenciones sobre hechos en el Código de Procedimientos Penales

La forma como se realiza las convenciones de hechos en el viejo Código de Procedimientos Penales, a raíz de la promulgación del Decreto Legislativo 1206, era el siguiente: el Juzgado recibe la solicitud de presentación de cargos del Representante del Ministerio Público; luego de la cual el Juez convocaba a una audiencia en un plazo no mayor de 05 días.

Instalada la audiencia el Juez concederá el uso de la palabra al titular de la acción penal, a fin de que sustente su denuncia, donde deberá de explicar los hechos, la calificación legal, y los elementos de convicción que justifiquen la apertura de instrucción.

Acto seguido se deberá de escuchar al abogado del imputado, quién podrá ejercer la contradicción del caso, y solicitar el auto de no ha

³ San Martín Castro, César. Derecho Procesal Penal Lecciones. Editorial Inpecc. Año 2015. P. 585.

⁴ Talavera Elguera, Pablo. La Prueba en el Nuevo Proceso Penal. En Rej- Revista de Estudios de la Justicia No 18. Año 2013. Cooperación Alemana al Desarrollo . GTZ. Año 2009.p.59.

lugar a la apertura de instrucción. Oportunidad, también, de estar presente el agraviado, para solicitar constituirse en parte civil.

Luego del trámite anterior, el Juez resolvía oralmente, en audiencia, sobre la procedencia de la apertura de instrucción; para ello, realizaba un control de legalidad de los cargos imputados y determinaba si existen indicios o elementos de convicción de la existencia del delito y de la presunta vinculación del imputado con la comisión del evento delictivo; también debiera verificar que se haya individualizado al presunto autor; que la acción penal no haya prescrito o que no concurra causa de extinción de la acción penal.

A continuación y luego del análisis respectivo el señor Juez emitirá el auto apertorio de instrucción o el del ser auto de no ha lugar, conforme lo dispone el art 77 y 77-A del C de PP.

Es luego de la resolución del auto apertorio de instrucción, que se invitaba a las partes a que se pronuncien si estaban de acuerdo con los hechos imputados. En caso de que lo estén, entonces se omitirá su investigación. Estos acuerdos pueden ser también parciales, esto es, solo sobre algún extremo, por ejemplo, sobre el lugar y fecha de la comisión, pero no sobre la participación del imputado. En tal caso la investigación girará en torno únicamente a este punto que no fue materia de concordancia.

2.3.- Convenciones sobre medios probatorios en el Código de Procedimientos Penales.

Las convenciones probatorias, conocido en el Decreto Legislativo 1206 como acuerdos sobre “medios probatorios”, se deberán realizar inmediatamente después de llevarse a cabo los consensos sobre los hechos. Al igual que en el caso anterior se invitaba a las partes si había conformidad en cuanto a los elementos de convicción, propuestos por el Representante del Ministerio Público, en su solicitud de presentación de cargos.

Este tipo de acuerdos se podrían realizar en forma parcial; en tal caso el acopio de los elementos probatorios girará en torno solamente a aquellas pruebas que no fueron acordadas; así por ejemplo si no estuvieron de acuerdo en el resultado de una pericia, el abogado defensor podrá proponer la realización de una nueva

Artículo

pericia o una pericia de parte; o si no estuviera de acuerdo con una declaración testimonial, por no recabarse con las garantías del caso, podrá solicitarse un nuevo testimonio o en su defecto la ampliación del mismo, si ese no fuese el caso; y así sucesivamente sobre el resto de los medios probatorios que no estuviesen de acuerdo.

Pues bien, una vez que culminaban los debates, sobre las convenciones, siempre dentro de la audiencia de presentación de cargos, se procedía a fijarse las diligencias a llevarse a cabo en el curso de la instrucción, así como el plazo de duración del mismo, teniendo en consideración que estos pedidos obedecían sobre aquellos extremos, de los hechos, que no fue materia de consenso o sobre medios probatorios que no siguieron igual destino. Luego de lo cual se comenzará a ver el tema de la Prisión Preventiva; y finalmente, la terminación anticipada.

2.4.- Beneficios de la aplicación de las convenciones de hechos y medios probatorios:

Los beneficios de las convenciones de hechos y medios probatorios, son relevantes, pues de llegarse a una acuerdo, la labor del Fiscal y del Juez disminuirá ostensiblemente, pues en el caso de que las partes acuerden sobre los hechos en forma total, prácticamente no habrá nada más que discutirse, y de seguro la posibilidad de acogimiento a la terminación anticipada será cien por ciento posible; con lo cual se tendrá por resuelto un caso más, y por ende la tendencia a la disminución de la carga laboral se verá reflejada.

En caso que, las convenciones sobre hechos, sean en forma parcial, la investigación solo se limitará a aquella parte que no se acordaron; con lo cual también el trabajo de las partes como el de la judicatura se aliviará, pues el tema investigador se limitará únicamente a esos puntos que no fueron objeto de consenso. Sin perjuicio de que a la postre el caso termine, también, en una terminación anticipada, dado los puntos de coincidencia.

En el caso de que se produzca convenciones sobre los elementos de convicción, el beneficio que trae consigo es que solamente se lleven a cabo aquellas diligencias que no fueron recabas o fueron omitidos por el Ministerio Público, en las investigaciones preliminares, y que

se hacen imprescindibles su incorporación al proceso, con lo cual el trabajo de acopio probatorio, en el curso de la instrucción, es limitado. Otro beneficio es respecto del plazo de investigación, la que deberá fijarse por un término mucho menor al establecida legalmente, en vista precisamente de estos acuerdos.

De ser los consensos en forma parcial, implicará que solamente se repitan aquellos medios de prueba que no fueron de aceptación, con lo cual el trabajo de acopio probatorio en el curso de la instrucción será, al igual que en el caso anterior, restringido y por ende el plazo de investigación se reducirá, no siendo necesario que se den plazos límites que franquea la norma: 120 días para procesos ordinarios o 90 días para proceso sumario.

Para Cesar San Martin Castro, las convenciones probatorias traen consigo que el proceso se concentre, se acelere y se gane tiempo en el desarrollo del juicio⁵.

Como podrá apreciarse el resultado de las convenciones de hechos y de pruebas, a la postre inciden en el resultado favorable del trabajo de la judicatura, así como de las partes procesales.

2.5.- Aplicación de las convenciones en el desarrollo del juicio oral en el C de PP

Antes de ver la aplicabilidad de las convenciones de hechos y de pruebas en el juicio oral, pasaremos en forma sucinta a tratar sobre el desarrollo del juicio oral, a efecto de poder determinar en qué estadio del juicio oral podría introducirse las convenciones sobre hechos y pruebas.

Como es de conocimiento, en el Juicio Oral, el Director de debates preguntará al Fiscal y a la defensa del acusado si tienen nuevos testigos y peritos que ofrecer. En el caso que los tengan, deberán señalar la pertinencia, conducencia y utilidad de los mismos, sin perjuicio de indicar la pertinencia y el aporte que pudiera obtenerse con su intervención. Asimismo, deberá de identificarse y precisarse

⁵ Op cit. San Martin Castro, Cesar. P. 585

Artículo

los puntos sobre los que deban de declarar o exponer, conforme se puede dar lectura de art. 238 del Cd PP⁶.

Seguidamente, el Director de Debates invitará al Representante del Ministerio Público para que en forma sucinta exponga los términos de la acusación.

Luego de la lectura de la acusación, el director de debates hará de conocimiento al imputado sobre los alcances y beneficios de la Ley 28122, Ley de Conclusión Anticipada, que permite dar por culminado los debates orales. Si el acusado acepta los cargos y el monto de la reparación civil, sostenida en la acusación fiscal, se pasará a emitir la sentencia respectiva.

En caso que no hubiese aceptación del acusado de la conclusión anticipada se continuará con el desarrollo de los debates orales, hasta la emisión del fallo respectivo, tal como está descrita en el ordenamiento de procedimientos penales.

Como se podrá apreciar de la secuencia del desarrollo del juicio oral en el C de PP, no se establece el momento en la que debe realizarse la conclusión anticipada de proceso, como tampoco se indica, en el Decreto Legislativo 1206, la posibilidad de la aplicación de las convenciones de hechos y de medios probatorios, durante el desarrollo de las audiencias orales.

Dicho esto, cabe entonces establecer si es posible que en el desarrollo del Juicio oral se pueda aplicar las convenciones. De ser el caso ¿cuál sería esa oportunidad para hacerlo?

Respecto de la primera pregunta si es posible la aplicación de las convenciones en el Juicio Oral. La respuesta, desde mi punto de vista, es que no existe obstáculo alguno que impida su aplicación, por el contrario, tiene grandes beneficios prácticos, pues traería como lógica consecuencia que el desarrollo del juicio oral se acorte, posibilitando que solo se centre el debate en aquellos puntos que no fueron objeto de consenso, o sobre la actuación probatoria en la que hay discordia.

⁶ Art 238 CdPP: " Las partes que ofrezcan testigos o peritos nuevos estarán obligadas a indicar específicamente la pertinencia y el aporte que pudiera obtenerse con su intervención, identificando y precisando los puntos sobre los que deban declarar o exponer."

Sobre la oportunidad en la que se llevaría a cabo, considero que esta debe ser inmediatamente después de darse a conocer los cargos formulados en la acusación, por parte del titular de la acción penal. Es en este estadio donde debe preguntarse al abogado del acusado si acepta los hechos materia de acusación, así como los medios de pruebas que sustentan la misma. De estar de acuerdo, el acusado, con los hechos en su integridad no habrá nada más que discutirse, y por tanto la posibilidad que el acusado acepte someterse a la conclusión anticipada será posible.

En caso que las convenciones sobre hechos sean en forma parcial, los debates probatorios solo se limitarán a aquella parte que no convinieron; con lo cual el trabajo de los sujetos procesales, como el del colegiado se hará más simplificado, pues los debates orales se reducirán solo a los extremos no consensuados.

Situación similar ocurrirá con las convenciones probatorias, que deberá realizarse seguidamente, luego que se hubiesen abordado las convenciones sobre hechos. Este tipo de convenciones también podrá ser en forma total como parcial. De ser total, esta deberá culminar con una conclusión anticipada. De no estar de acuerdo se abrirá debate probatorio solo sobre los nuevos testigos o peritos que se quieran incorporar.

Luego de culminado con las convenciones sobre hechos y medios probatorios, se ilustrará recién al acusado de los beneficios que podría tener de acogerse a la conclusión anticipada de proceso; lo cual dependerá en cierta medida del acogimiento o no las convenciones, conforme ya se explicó anteriormente.

De estar conforme con el acogimiento de la conclusión anticipada se habrá dado por culminada la presente audiencia, en consecuencia, la emisión de la sentencia correspondiente.

Pese a esta posibilidad de poder implementarse las convenciones probatorias en las causas con el Código de Procedimientos Penales, lamentablemente existen salas superiores que son reacios aún al cambio, so pretexto que esa institución no está regulada, y que solo cabe su aplicación en el Código Procesal Penal.

*Artículo***2.6.- Las convenciones de hechos y de pruebas en el nuevo Código Procesal Penal.**

El CPP también establece dos tipos de acuerdos: acuerdos sobre los hechos y sobre los medios de prueba. En el nuevo modelo su aplicación está más dirigida a la etapa intermedia, cuando se cumpla con notificar la acusación a los sujetos procesales, y tan luego que puedan cuestionar la acusación, deducir excepciones, solicitar la imposición o revocación de una medida

Sobre las convenciones en el Código Procesal Penal, Rosas Yataco precisa que habrá convenciones sobre hechos cuando las partes así los acepten, en tal caso el Juez los dará por acreditados y obviará así su actuación probatoria en el juicio. En el caso de las convenciones probatorias, la misma también podrá ocurrir, con lo cual se obviará su actuación para acreditar un hecho o circunstancia⁷

El Código Procesal Penal, recoge el tema de las convenciones probatorias en los artículos 350 y 353.

El art 350, hace referencia a la posibilidad de llevarse a cabo las convenciones de hechos, una vez se pongan en conocimiento de la acusación fiscal, los sujetos procesales podrán proponer acuerdos sobre los hechos, lo que se tendrá por acreditado, obviando su actuación probatoria en el juicio. Asimismo, se podrán proponer acuerdos acerca de los medios de prueba.

Por otro lado, el art 353 inc. 6 del mismo cuerpo de leyes, establece que las resoluciones sobre convenciones probatorias no son recurribles. En el auto de enjuiciamiento se indicarán los hechos que se dieron por acreditados o los medios de pruebas necesarios para ser considerados como probados.

De las normas antes glosadas, podemos concluir que será luego de la notificación de la acusación fiscal, que las partes podrán proponer los acuerdos sobre los hechos y los medios probatorios. En tal situación se emitirá una resolución que dará por acreditados los extremos de los acuerdos. Asimismo, será en el auto de

⁷ Op cit P. 951

enjuiciamiento donde se indicará los hechos que se dieron por acreditados, así como el acuerdo sobre los medios probatorios si lo hubiera.

Lo descrito en el punto anterior, originará que las partes ya no podrán debatir sobre los hechos que fueron materia de acuerdo, de la misma manera no podrán proponer la actuación de medios probatorios que fueron materia de consenso.

Sobre las convenciones probatorias Rosas Yataco refiere que son acuerdos entre las partes que se llevan a cabo en un proceso penal. Estos acuerdos pueden versar sobre hechos, circunstancias o medios de prueba. De manera tal que si se conviene sobre los hechos o medios de prueba estos serán tenidos por cierto en el juicio oral y se omitirá su debate; de la misma manera si existe un acuerdo sobre un medio probatorio no habrá discusión alguna sobre aquel hecho o circunstancia que ha sido materia prueba⁸.

El CPP, establece dos tipos de acuerdos, al igual que el Decreto Legislativo 1206: acuerdos sobre los hechos y sobre los medios de prueba; solo que en el nuevo modelo su aplicación esta más dirigido a la etapa intermedia de control de acusación, como ya se indicó anteriormente.

Habrán convenciones sobre hechos cuando las partes así los acepten, en tal caso el Juez los dará por acreditados y obviará su actuación probatoria en el juicio, sobre dichos extremos consensuados. En el caso de las convenciones probatorias la misma también podrá ocurrir, con lo cual se obviará su actuación para acreditar un hecho o circunstancia. Sobre este punto Rosas Yataco sostiene que los acuerdos pueden versar sobre hechos, circunstancias o medios de prueba. De esta manera si se conviene sobre cualquiera de los dos primeros, estos serán tenidos por cierto en el juicio oral y se dispensara de la carga de probarlos⁹

Nótese que las convenciones sobre hechos y medios probatorios no se realizan sino antes del inicio del auto de enjuiciamiento. Lo que quiere decir que tampoco se podrá realizar en el curso de la

⁸ Rosas Yataco, Jorge. Tratado de Derecho Procesal Penal. Editorial Pacifico SAC. Año 2013. T.II.P.951

⁹ Rosas Yataco, Jorge. Tratado de Derecho Procesal Penal. Editorial Pacifico. Año 2013. T.II.P. 950

Artículo

investigación preparatoria. Situación distinta ocurre con el viejo ordenamiento de procedimientos penales, donde se realizan las convenciones, tan luego se apertura instrucción.

III.- CONCLUSIONES

1.- Las convenciones sobre los hechos es posible en la medida que las partes convengan en torno a las circunstancias como se han realizado el evento delictivo, con lo cual se exonerará de sus discusión o investigación en el curso del proceso, dándose por acreditados.

2.- Se puede dar también acuerdos sobre los medios probatorios. De estar de acuerdo las partes se darán por acreditados determinados hechos, obviándose su discusión; lo cual permitirá que la instrucción se reduzca a la recopilación de elementos probatorios faltantes y por ende el plazo podría ser mucho menor.

3.- A nivel judicial, bajo el ordenamiento de procedimientos penales, las convenciones de hechos y pruebas se vienen llevando a cabo en la audiencia de presentación de cargos, luego de dictarse el auto apertorio de instrucción; oportunidad en la cual se invitará a las partes a que decidan o convengan si están de acuerdo sobre los hechos y los medios probatorios propuestos por el Titular de la Acción Penal. Estos acuerdos pueden ser también parciales, en tal caso será materia de controversia solo sobre aquello que no se convino.

4.- Es posible la aplicación de las convenciones de hechos y medios probatorios en juicio oral siguiendo el modelo del Código de Procedimientos Penales. No hay obstáculo alguno que lo impida. Esta aplicación considero que esta debe ser inmediatamente después de darse a conocer los cargos formulados en la acusación fiscal, es en este estadio donde debe preguntarse al abogado del acusado si acepta los hechos materia de acusación, así como los medios de pruebas que sustentan la misma. De estar de acuerdo el acusado con los hechos en su integridad no habrá nada más que

discutirse, y que de por seguro la posibilidad de acogimiento a la conclusión anticipada será cien por ciento posible

5.- En caso que las convenciones sobre hechos sean en forma parcial, los debates probatorios solo se limitarán a aquella parte que no convinieron; con lo cual el trabajo de los sujetos procesales como el del colegiado se hará más simple.

6.- Situación similar ocurrirá con las convenciones probatorias. Que deberá realizarse tan luego se culmine con las convenciones sobre hechos. Sobre este tipo de convenciones también podrá ser en forma total como parcial. De ser total, esta deberá culminar con una conclusión anticipada. De no estar de acuerdo se abrirá debate probatorio solo sobre los nuevos testigos o peritos que se quieran incorporar.

7.- El CPP del 2004, también establece dos tipos de acuerdos: acuerdos sobre los hechos y sobre los medios de prueba. Solo que en el nuevo modelo su aplicación está dirigido a la etapa intermedia de control de acusación, y se encuentran regulados en los artículos 350 y 355, que establece la posibilidad de proponer estos acuerdos, luego de notificación de la acusación fiscal. En tal situación se emitirá una resolución que dará por acreditados los extremos de los acuerdos. Asimismo, se indica que será en el auto de enjuiciamiento que se indicará los hechos específicos que se dieron por acreditados, como los medios probatorios de ser el caso.

Artículo

BIBLIOGRAFIA

- 1.- Rosas Yataco, Jorge. Tratado de Derecho Procesal Penal. Editorial Pacifico SAC. Año 2013.
- 2.- San Martín Castro, César. Derecho Procesal Penal Lecciones. Editorial Inpecc. Año 2015.
- 3.- Talavera Elguera, Pablo. La Prueba en el Nuevo Proceso Penal. En Rej- Revista de Estudios de la Justicia No 18. Año 2013. Cooperación Alemana al Desarrollo. GTZ. Año 2009.

LA PREVENCIÓN DEL DELITO COMO SISTEMA POLÍTICO CRIMINAL

Autor (a):
CISNEROS IBANA LUIS FERNAN

Abogado

RESUMEN:

En el presente artículo, se analiza la prevención del delito desde el plano de su aplicación a través de un marco normativo que permita a su vez, poner de relieve la aplicación en nuestro país de este tipo de políticas, las cuales ya se están integrando en otros ordenamientos jurídicos, como es el caso de Italia, donde ya se aplica un sistema de prevención, a menudo eclipsado por un complejo sustrato normativo y por aluvionales elaboraciones doctrinales y jurisprudenciales. De hecho, la prevención de actos ilícitos sigue considerándose una manifestación de una civilización jurídica madura, siempre que se ajuste estrictamente a los cánones establecidos para proteger al ciudadano.

Palabras Claves: Prevención del delito, derecho penal, protección del ciudadano, sanción penal.

ABSTRACT:

In this article, crime prevention is analyzed from the point of view of its application through a normative framework that allows, in turn, to highlight the application in our country of this type of policies, which are already being integrated in other legal systems,

Artículo

as is the case of Italy, where a system of prevention is already applied, often overshadowed by a complex normative substratum and by alluvial doctrinal and jurisprudential elaborations. In fact, the prevention of unlawful acts is still considered a manifestation of a mature legal civilization, as long as it strictly conforms to the canons established to protect the citizen.

Keywords: Crime prevention, criminal law, protection of the citizen, criminal sanction.

SUMARIO:

1. *INTRODUCCIÓN*
2. *¿QUÉ SE ENTIENDE EXACTAMENTE POR EL TÉRMINO "PREVENCIÓN DEL DELITO"?*
3. *LAS MEDIDAS DE PREVENCIÓN: GENERALIDADES*
4. *LA DIFÍCIL CONVIVENCIA CON LOS PRINCIPIOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES:*
5. *EL ROL DE PREVENCIÓN DEL DELITO DEL MINISTERIO PÚBLICO Y LA POLICÍA NACIONAL*
6. *VIABILIDAD DE LA INCORPORACIÓN DE MEDIDAS DE PREVENCIÓN EN BASE AL DERECHO COMPARADO ITALIANO*
7. *CONCLUSIONES*
8. *REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS*

1. INTRODUCCIÓN

Para evitar malentendidos, conviene hacer una aclaración preliminar. El título del presente artículo se enfoca, más que a los aspectos criminológicos mismos involucrados en la prevención del delito, está orientado a fundamentar una propuesta a través de la



cual, sea posible intentar integrar en nuestra política criminal un marco jurídico regulatorio que especifique mecanismos de prevención de actos criminales de una manera ordenada y sistematizada, pues hasta la fecha, solo algunas normas penales extra código contienen directivas sobre dicha materia, como es el caso de la Ley 30364 respecto a medidas aplicadas a los agresores en salvaguarda de la mujer y del grupo familiar. Hay algo de cierto en que la justicia penal es esencialmente represiva. La prevención es responsabilidad de la policía y de las fiscalías de prevención del delito y que no debe interferir con la justicia penal. Esto, al menos, en la partición tradicional comúnmente aceptada en el pensamiento jurídico moderno. En realidad, las cosas no son tan sencillas; la distinción entre preventivo y represivo no es tan clara.

Se ha señalado acertadamente que el concepto de prevención es correlativo al de Derecho penal. Hablamos, en efecto, del efecto general o especial-preventivo de la pena; del Derecho penal preventivo, en referencia a la creación de delitos incriminatorios de peligro concreto, abstracto o presunto; al igual que hablamos del efecto especial-preventivo en relación con la ejecución de las penas, las medidas de seguridad e incluso las medidas cautelares personales, cuando éstas tienen por objeto neutralizar la

Artículo

peligrosidad del presunto delincuente o la circulación y utilización de cosas *per se* peligrosas o susceptibles de favorecer la continuación de actividades ilícitas.

No obstante, es evidente que el título alude a la prevención calificada habitualmente como ante o *praeter delictum*, es decir, la prevención que es independiente de la constatación de un delito o incluso de un cuasidelito. Todas las sesiones que siguen a esta introductoria aluden a este tipo de prevención que, aunque contigua al derecho punitivo, no entra en el territorio del derecho penal. Suele ser una tarea encomendada a la autoridad de seguridad pública.

Por tanto, debe mantenerse la distinción entre la prevención que caracteriza la manifestación de la pena (desde la construcción de los hechos inculpativos hasta la ejecución de la pena) y la prevención que, aunque próxima a la frontera de la pena, se mueve en los límites de ese territorio, apuntando a una peligrosidad que no merece la intervención penal. En resumen, una cosa es el "derecho penal preventivo" y otra el "derecho penal de prevención". Las posibles interferencias o intersecciones entre ambos planes no deben desdibujar la distinción teórica.

El atractivo de la prevención *ante delictum* desde un punto de vista puramente procesal en el ámbito del poder judicial es una singularidad de algunos ordenamientos jurídicos europeos, como es el italiano que se toma de referente en el presente análisis. Con ello se corre el riesgo de aumentar la confusión, ya que es comprensible que una limitación de derechos (y a veces la propia limitación de la libertad personal) se confunda con una sanción punitiva, sobre todo si la impone un juez penal y la solicita un fiscal. La razón de esta singularidad (preñada también de consecuencias en el plano práctico, como veremos) depende de que el enfoque judicial-inquisitivo en sí mismo garantista que ya se había adoptado en los años cincuenta en la regulación del procedimiento de prevención ha evolucionado en un sentido marcadamente judicial-inquisitivo; evolución propiciada por la necesidad de adaptar la forma de aquel procedimiento a los preceptos de la Constitución que acababa de

entrar en vigor. Una implicación paradójica de la que intentaré dar cuenta.

2. ¿QUÉ SE ENTIENDE EXACTAMENTE POR EL TÉRMINO "PREVENCIÓN DEL DELITO"?

La ciencia de la prevención del delito se refiere a una amplia gama de problemas que van desde la predicción del comportamiento delictivo, a la elección entre diferentes medidas de control social, a la evaluación metodológica del impacto de los resultados logrados por políticas de intervención específicas". La prevención del delito, en esencia, es el principal campo de estudio de un hipotético "técnico de seguridad", interesado en comprender cuál, entre las muchas estrategias preventivas, realmente funcionan. Surge un problema esencialmente instrumental: ¿qué intervenciones garantizan mayores resultados en términos de reducción de la delincuencia? En resumen: ¿qué funciona? Saber cómo responder a esta pregunta significa poder proporcionar a los responsables de la toma de decisiones una lista de herramientas efectivas, para ser utilizadas cada una en contextos específicos. Entonces, ¿cuáles son las tácticas preventivas que se considera que funcionan hoy en día? Soto-Urpina (2015) distingue entre cuatro tipos de prevención: situacional, ambiental, comunitaria, evolutiva. Aquí repasamos brevemente la exposición del autor. La prevención situacional del delito tiene como objetivo reducir las oportunidades delictivas, a través de la implementación de medidas específicas que se configuran, por un lado, como intervenciones implementadas por las autoridades públicas, por el otro como consejos prácticos, incluso muy intuitivos, para la comunidad.

Los lugares donde se aborda esta prevención, de hecho, no son solo los institucionales, es decir, la policía y las agencias de justicia, sino también la comunidad, la familia, la escuela. En particular, se convertirá en una buena regla para las personas, entre otras cosas: ocultar bienes preciosos y eliminar de la vista todo lo que pueda ser objeto de robo; instalar alarmas de seguridad; dejar las luces encendidas en las casas para indicar su presencia; colocar una

Artículo

marca de identificación en las pertenencias personales; Evite frecuentar "lugares en riesgo", especialmente en ciertos momentos. Las fuerzas policiales y los responsables de la toma de decisiones tendrán que: ampliar la vigilancia; instalar más cámaras; controlar quién posee las armas; reducir las vías de evacuación, por ejemplo, desde los locales; verificar documentos; aumentar la iluminación nocturna; supervisar puntos estratégicos; dar a conocer normas de conducta claras; Incluso trate de intervenir en todas esas ocasiones, como simples filas de espera para un servicio, que pueden desencadenar peleas. El intento, por tanto, es reducir las provocaciones que pueden derivar en conductas desviadas, aumentando al mismo tiempo los controles y, por tanto, el riesgo de ser descubierto. De esta manera, se supone, el efecto disuasorio debe ser tanto como sea posible.

La prevención ambiental (criminología ambiental) se ocupa de comprender cómo el diseño urbano puede afectar la seguridad urbana. Esto incluye toda una serie de medidas, que pueden adoptar la forma de estrategias de inclusión o, por el contrario, de exclusión. Los primeros subyacen a una concepción del medio ambiente como un factor importante para influir en el comportamiento desviado. Por esta razón, por un lado, se centran en un diseño de ciudad decente, puntuado por espacios comunitarios abiertos, como jardines públicos, y animado por eventos recreativos para fomentar un cierto sentido de pertenencia por parte de los habitantes; Por otro lado, apoyan la creación de aldeas urbanas donde la única forma de vigilancia es la vigilancia comunitaria (vigilancia vecinal).

3. LAS MEDIDAS DE PREVENCIÓN: GENERALIDADES

De acuerdo a Ekblom y Armitage (2020), puede observarse cómo las medidas de prevención, especialmente en los años más recientes, están gozando de una importancia crucial en el panorama del empleo legislativo actual, gracias a un cambio en el ángulo de perspectiva del daño causado. Esta percepción permite hacer una valoración desde una perspectiva de protección anticipada de la

comunidad social, hasta el punto de ocupar una posición de aplicación no menos privilegiada que las sanciones penales. En efecto, Solove et al. (2010) afirman que, entre los profesionales del Derecho existe una cierta preferencia por el complejo de la prevención frente a la aplicación de una sanción penal al término de un juicio justo garantizado, hasta el punto de adoptar como postulado la asunción de su pertinencia estratégica en la lucha contra la delincuencia.

En la base de la teoría de la ineludibilidad del sistema preventivo se encuentra ciertamente una mayor celeridad en su imposición y una marcada eficacia frente al aparato represivo, impregnado de una "profunda crisis de eficacia que conlleva también largas dilaciones procesales que frustran la finalidad de protección del bien de la vida a la que tiende generalmente la legislación. En el plano político, pues, la consideración del sistema en cuestión es aún más positiva, en la medida en que incluye institutos estratégicos destinados a convertirse en un medio ordinario de lucha contra los fenómenos delictivos, previo refuerzo de los aspectos procesales, con el fin de asegurar la máxima garantía posible al conjunto de la sociedad (Ekblom, 2014). La articulación de las medidas de prevención presenta numerosos puntos oscuros de difícil interpretación que, debido a la similitud parcial con el aparato estrictamente criminal y el complejo de medidas de seguridad, podrían conducir a la hipótesis de una especie de *tertium genus* sistémico. La necesaria protección de la colectividad frente a acontecimientos, o más bien probables acontecimientos, puestos en marcha por determinadas categorías de ciudadanos que podrían causarle perjuicios se realiza, en concreto, gracias al perfil esencialmente aflictivo de la normativa mencionada. Sin embargo, las medidas de prevención se distinguen claramente de las sanciones penales en que su manifestación externa se sitúa ante delictum o praeter delictum.

El profundo hiato conceptual entre las sanciones penales y las medidas preventivas previstas hoy parece tan fundamental como tendencialmente inmediato. Si el carácter aflictivo de los primeros es evidente y su aplicación se reserva a la autoridad judicial al

Artículo

término del proceso penal, la distinción entre el complejo preventivo y el sistema de seguridad suele ser más articulada. Esta última tiene una finalidad precisa, que también resulta ser el eje del sistema preventivo: la necesidad de impedir la comisión de un hecho delictivo sobre la base de un juicio de peligrosidad del sujeto (Ríos y Espinoza, 2022). La redacción del artículo 72 señala fielmente que, “*las medidas de seguridad se aplicarán en concurrencia con las circunstancias siguientes: Que el agente haya realizado un hecho previsto como delito; y 2. Que del hecho y de la personalidad del agente pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele una elevada probabilidad de comisión de nuevos delitos*”, sancionando un primer elemento esencial en la aplicación de dicha disciplina: un necesario pronóstico de peligrosidad. La comprobación de la peligrosidad intrínseca del sujeto, basada en un doble grado de análisis, es decir, el examen de la personalidad del sujeto y la realización de un pronóstico criminal, a partir de lo constatado en la primera parte del juicio, difiere de la peligrosidad tratada por el sistema de prevención (Sánchez, 1999). Esta última, en efecto, a diferencia del artículo 72 del Código Penal, no está necesariamente vinculada a una afirmación de culpabilidad por delito, sino que se deriva de un examen de toda la personalidad del sujeto y de situaciones que justifican presunciones (Peña-Cabrera, 2010).

La previsión de la constatación de la ocurrencia de un hecho delictivo no es concebible en el sector de las medidas de prevención, teniendo en cuenta que nacen, a todos los efectos, como medidas ante o *praeter delictum* y su acción puede ejercerse también con independencia del ejercicio de la acción penal (Soto-Urpina, 2015). Es precisamente la ausencia total de disposiciones similares lo que sitúa al sistema de medidas de prevención en un plano diferente del sistema de seguridad, lo que ayuda a delinear las características de diversidad e incompatibilidad entre ambos.

En el caso de la sanción penal, la competencia corresponde al juez en virtud del artículo 45 del Código Penal, en donde se establecen los presupuestos para fundamentar y determinar la pena de acuerdo

a la emisión de una sentencia condenatoria. En el frente de las medidas de prevención, sin embargo, hay una división subjetiva, pues tal labor está encomendada al Ministerio Público, el cual por su naturaleza institucional Ad Hoc, respecto a la persecución del delito, desarrollan una actividad orientada a prevenirlo a través de la exhortación y recomendación a quienes se pudiesen ver involucrados en la comisión de un acto criminal, a no incurrir en el mismo, pues de hacerlo, estaría asumiendo una responsabilidad penal con la consiguiente aplicación de las sanciones penales correspondientes.

El pensamiento elaborado por la atenta corriente citada resulta ser el fundamento de todo el sistema de prevención que, propiamente dicho, pretende salvaguardar a la sociedad de la ocurrencia de posibles actos y hechos ilícitos, perjudiciales a la misma. Como bien afirma Baratta (2002) la aplicación de una medida de prevención está subordinada a la concurrencia de determinados requisitos previos señalados tanto por la legislación vigente como por la jurisprudencia, que asiste al intérprete cuando la legislación es deficiente. Así, en el derecho italiano, por ejemplo, la tríada de circunstancias indefectibles que deben concurrir necesariamente para admitir la posibilidad de aplicar una medida cautelar está constituida por la adscripción del sujeto a alguna de las categorías expresamente previstas por la legislación (los llamados supuestos de peligrosidad); la peligrosidad social para la seguridad pública que emana del sujeto al que se pretende imponer la medida y la actualidad de la misma (Parolari, 2017). Procediendo a un rápido examen de estos tres presupuestos, puede afirmarse que es necesario verificar si la persona puede ser encuadrada en alguna de las categorías subjetivas previstas por el legislador y que la descripción de la misma puede basarse en elementos constitutivos distintos de los utilizados para identificar un tipo de delito, tradicionalmente identificados en el hecho, en la antijuridicidad, en la culpabilidad y en la punibilidad. La diferencia parece palpable dada la peculiaridad de las medidas de prevención y su referencia subjetiva a categorías de destinatarios que van más allá de la

Artículo

identificación de un hecho, entendido como conjunto de elementos objetivos que identifican y caracterizan cada infracción individual como una forma específica de infracción contra uno o varios bienes jurídicos (Rojas-Aguirre, 2010, p. 73).

El segundo índice, declinado en función de la peligrosidad del sujeto, constituye el eje de las medidas de prevención. En ausencia de peligrosidad, por tanto, la esencia misma de la legislación preventiva perdería todos sus límites hasta el punto de desaparecer por completo: faltaría la necesidad de prevenir la comisión de delitos. Lo que se entiende por peligrosidad social en materia de medidas preventivas, sin embargo, no está indicado en términos precisos por la legislación actual, pero en el derecho comparado, se sostiene que la peligrosidad a la que se refiere el subsistema preventivo es la peligrosidad social en sentido amplio, es decir, incluyendo, por una parte, la simple inmoralidad no constitutiva de delito y, por otra, la predisposición constatada al delito o la presunta vida delictiva de una persona contra la que no se ha llegado a una prueba cierta de criminalidad (Márquez-Cárdenas, 2011). En términos generales, la peligrosidad social, que puede dividirse en peligrosidad genérica y peligrosidad cualificada (Hassemer y Munoz Conde, 1989), debe apreciarse teniendo en cuenta una visión global del comportamiento de un sujeto, de sus manifestaciones relacionales originadas por circunstancias sintomáticas pero verificables e identificables a resultas de un juicio objetivo. La evaluación de la peligrosidad social, además de tener un resultado positivo, también debe considerar su actualidad.

4. LA DIFÍCIL CONVIVENCIA CON LOS PRINCIPIOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES:

El tema de la prevención de la comunidad frente al daño que pueda causarle un conciudadano, desde un punto de vista histórico, es ciertamente antiguo. Sin embargo, el intento de reorganizar esta disciplina parece especialmente joven y aún susceptible de las críticas más profundas de la doctrina, que socavan los fundamentos ontológicos en los que se basa todo el cuerpo jurídico. Más allá de

las diversas intervenciones modificativas y complementarias que se han sucedido a lo largo del tiempo, el acontecimiento más significativo se produjo con la aparición de la Constitución en la escena normativa. La Carta Fundamental, en primer lugar, celebra los principios cardinales del ordenamiento jurídico y exalta con especial vigor las libertades y derechos fundamentales de los ciudadanos, erigiéndose en parámetro de legitimidad de cualquier norma que se le subordine (Queralt i Jimenez, 2019).

Una explicación clara de ello se encuentra en el artículo 2, que reconoce expresamente los derechos inviolables del hombre, tanto en su condición de individuo como en la de los grupos sociales en que se desenvuelve su personalidad (Ferrajoli, 2001), comprometiéndole a la República a garantizar su protección. Por otra parte, y en relación parcial con lo que se acaba de exponer, la Constitución se encarga de imponer ciertos dictados relativos a la disciplina del Derecho penal. El sistema así previsto esboza el llamado sistema de doble vía (Jescheck et al., 2002), sin hacer mención alguna al complejo de instituciones conocidas como medidas preventivas. El interés de la doctrina a este respecto deriva, precisamente, de la evidencia *ictu oculi* del silencio que el Poder Legislativo ha mantenido al respecto y esta ausencia incrementa la necesidad de prestar una mayor atención en el análisis de este peculiar sector.

La cuestión central relativa al sistema de medidas preventivas se refiere a la investigación de los límites que en un Estado democrático es correcto asignarles (Donald, 2018). El punto de cohesión ideal entre el sistema preventivo y el orden constitucional consiste en la conciliación de las necesidades de defensa social perseguidas por las medidas preventivas y la protección de los derechos de la persona garantizados a nivel constitucional (Sarlet, 2019) junto con la distinción entre las autoridades competentes y la calificación de las posiciones jurídicas sobre las que pesan dichas medidas. La elección de no permitir ninguna aparición dentro de la Carta es un seguro estímulo a la reflexión para quienes trabajan en este campo, ya que se encuentran ante la posibilidad alternativa de considerar las

Artículo

medidas de prevención como completamente divorciadas de un sistema democrático, o de considerarlas como objeto de una interpretación cuidadosa y compleja que debe llevarse a cabo con el máximo respeto a los cánones constitucionales. Las reflexiones de la doctrina, sin embargo, se centran en una multiplicidad de aspectos considerados críticos. En este sentido, surgen los criterios de selección y definición de las categorías de sujetos susceptibles de ser sometidos a medidas de prevención (Barbero y Gimeno-Sendra, 1997), la compatibilidad con el cúmulo de libertades y derechos situados en la base de la Carta, el significado de peligrosidad social, su detección y la discrecionalidad valorativa del Juez al respecto, la actitud de las medidas en relación con la presunción de inocencia, los principios de legalidad, precisión, imperatividad y jurisdicción.

5. EL ROL DE PREVENCIÓN DEL DELITO DEL MINISTERIO PÚBLICO Y LA POLICÍA NACIONAL

El Ministerio Público, dentro del contexto de sus amplias funciones debido a la naturaleza autónoma que posee como órgano constitucional especializado en la persecución del delito, asume un rol incardinado en el ámbito de la prevención de actos delictivos, el mismo que está encomendado a las denominadas "fiscalía de prevención del delito", y que se funda en el accionar de carácter exhortativo que desarrolla frente a aquella persona o grupo de personas que están al borde de incurrir en un hecho delictivo, precisando las consecuencias a ser asumidas por la responsabilidad penal generada por dichos actos. La realización de esta función se encuentra regulada en el "Reglamento de la Fiscalía de Prevención del Delito", el mismo que detalla todas las precisiones normativas relacionadas al desempeño de esta facultad (Arbulú, 2013).

Es en ese sentido, el Ministerio Público cuando amerita una situación determinada que pueda derivar en un hecho delictivo, asume la realización de actuaciones previas para determinar la viabilidad o no de un procedimiento preventivo. Esas actuaciones previas están destinadas a establecer los criterios que permitan verificar o no la posibilidad o el riesgo de la ocurrencia de una acción

criminógeno que ponga en peligro los bienes jurídicos protegidos por el Estado. Terminada esa verificación, el fiscal a cargo establecerá las razones por las cuales asume las acciones pertinentes o no para aplicar el procedimiento preventivo. En caso los hechos considerados como posibles causales de un delito estuviesen ya en curso a través de un proceso judicial o administrativo, no se podrá aplicar el procedimiento preventivo. Tampoco podrá iniciar este procedimiento cuando se trate de acciones que ya han puesto en curso hechos criminales en grado de tentativa o se encuentren consumados, quedando la única opción de su derivación a las fiscalías competentes.

Es importante subrayar que la intervención del fiscal de prevención del delito se produce única y exclusivamente cuando existen las evidencias claras de la inminente ocurrencia de un delito y la consiguiente afectación de los bienes jurídicos tutelados, debido al riesgo en el que se encuentran. Por esta razón es importante enfatizar la naturaleza misma de lo que significa el riesgo potencial y como, el Ministerio Público como órgano autónomo, tiene el deber de intervenir, sea por denuncia o sea de oficio. Al elemento del riesgo se agrega el factor de la inminencia del acto, es decir, que pueda reconocerse la inmediatez de la ocurrencia delictiva. En base a esto podemos decir que la intervención preventiva se desarrolla cuando se está frente a hechos reales y no producto de la imaginación. En consecuencia, queda descartado el fundar esta intervención en cuestiones meramente conjeturales.

Establecidos estos aspectos se puede apreciar que la naturaleza de la acción preventiva del ministerio público se funda esencialmente en la advertencia que se realiza al emplazado respecto a la inminencia de las consecuencias de sus actos frente al ordenamiento jurídico, teniendo como objetivo inmediato, la disuasión por parte del posible ejecutor del acto y siempre teniendo como parámetro el factor de riesgo que comporta la conducta del posible infractor.

Artículo

Con respecto a las facultades y el rol preventivo del delito por parte de la actuación de la Policía Nacional, es importante destacar que siendo una institución orientada a generar la tranquilidad social necesaria y mantener el orden público, posee un efecto disuasivo respecto a la incurrancia de delitos en la que se puedan ver involucradas las personas en determinadas situaciones o circunstancias. Además, dentro de ese contexto, como institución desarrolla una serie de actividades conjuntamente con las organizaciones civiles como las juntas vecinales, así como con los gobiernos locales, lo cual involucra la ejecución de diversos programas dirigidos a los niños y jóvenes promoviendo una cultura de valores y de respeto a las normas que incentiven el aprecio al orden, la paz y la tranquilidad como bases del desarrollo de la sociedad en general.

6. VIABILIDAD DE LA INCORPORACIÓN DE MEDIDAS DE PREVENCIÓN EN BASE AL DERECHO COMPARADO ITALIANO

Las medidas preventivas tienen que configurarse cuando se está frente a la posibilidad si se ha cometido un delito tipificado con el rango de infracción penal, es esencial evaluar el contexto en el que surge la necesidad de recurrir al sistema preventivo. En el caso del derecho italiano, el supuesto, o más bien la razón primordial, que ha permitido el desarrollo de tal sistema, articulado, distribuido y recogido en diversas fuentes normativas que el Decreto Legislativo 159/2011 ha tratado de reorganizar, se encuentra en la necesidad de preservar a la comunidad del daño que un conciudadano pudiera causarle. Al respecto, Baratta (2002) enfatiza el instinto primordial de defensa que cada individuo tiende a manifestar frente a su propiedad y la necesidad de garantizar las condiciones fundamentales de la vida en común se han ido regulando a lo largo de los siglos, ampliando su alcance a la defensa de la sociedad. El principio de realidad derivado de la observación de la historia desde sus comienzos hasta nuestros días enseña que ningún grupo social o sistema político ha logrado librarse del fenómeno de la delincuencia, que se ha ido extendiendo e internacionalizando

paralelamente al progresivo debilitamiento de los instrumentos jurídicos de control (Suelst-Cock, 2016). Por esas razones, tomando como modelo el sistema preventivo italiano, éste se caracteriza por ser un conjunto de instituciones profundamente arraigadas en la tradición jurídica y vinculadas históricamente a fenómenos de emergencia aún no resueltos. El término emergencia generalmente conlleva una esfera de negatividad y alude a algo peligroso. El elemento de peligrosidad se eleva a un presupuesto más para la aplicación de una medida cautelar y se convierte en un elemento discrecional para la elección de los destinatarios de la misma. Las medidas preventivas, en efecto, se dirigen necesariamente a un sujeto concreto que presenta características tales que pueden remontarse a los supuestos previstos por la legislación.

En Italia, el Decreto Legislativo 159/2011 se ocupa de enumerar una amplia serie de sujetos a los que van dirigidas las medidas de prevención. Sin embargo, las normas que circunscriben estas categorías, tienen destinatarios heterogéneos y no presentan límites precisos, especialmente en lo que respecta al concepto de peligrosidad, que, como corolario necesario de la aplicación de los institutos, debe estar inevitablemente presente. Por lo tanto, la aplicación de la medida está subordinada a la referibilidad del sujeto a una de las clases identificadas por las normas antes mencionadas. El Legislador, al proponer tal partición subjetiva, cristaliza las situaciones a las que, en su opinión, tiende a referirse el concepto de peligrosidad. La afirmación de la presencia o ausencia de la connotación de peligrosidad social, sin embargo, no es fácil de deducir, en la medida en que está subordinada a la experiencia de un juicio articulado en más de una fase, sobre el que incide inevitablemente la discrecionalidad valorativa del órgano juzgador y que, al menos en lo que a la aplicación de las medidas de prevención personal se refiere, debe presentar el carácter de actualidad. Por último, los requisitos previos aplicativos se ven afectados por una necesaria división interna destinada a precisar la disciplina aplicable a las macrocategorías de medidas constituidas, como es sabido, por las medidas de prevención personal y por las medidas

Artículo

de prevención patrimonial. En consecuencia, se puede afirmar cómo, en una línea general, la aplicación de los institutos previstos por el compartimento normativo examinado está subordinada a la verificación, inherente a la propia existencia del sistema de la necesidad de prevenir la comisión de un delito que pueda causar un perjuicio a la sociedad elegida, de la necesidad de que el sujeto que se presume autor, en un futuro más o menos próximo, de un hecho ilícito sea adscribible a una de las categorías previstas por la normativa, del resultado positivo del juicio sobre su peligrosidad social y de la actualidad del mismo.

En nuestro país, la incorporación de un mecanismo jurídico específico para regular la prevención de delitos, se tiene que ajustar a nuestra realidad social, la misma que, a diferencia del derecho italiano tomado como referente, es mucho más compleja dada la informalidad en que vive gran parte de la sociedad, lo que determina la reducción de posibles opciones en donde puedan aplicarse algún tipo de control. Por otro lado, se tiene la hipersensibilidad de determinado sector doctrinal con respecto a la generación de algún tipo de perturbación de los derechos fundamentales con normas que pueden tener un sesgo intromisorio o controlista a su criterio. Sin embargo, la pasividad de ese mismo sector frente al crecimiento de la actividad delictiva, deja bastante que desear, más aún cuando son nulos los aportes brindados para hacer frente a la criminalidad imperante.

7. CONCLUSIONES

Es necesaria la ciudadanización de las medidas de prevención dentro de nuestro ordenamiento. Un primer reconocimiento de su legitimidad se funda en la necesidad de tener un sistema de prevención de actos ilícitos para garantizar el desarrollo ordenado y pacífico de las relaciones entre los ciudadanos, subordinándolo, en todo caso, al respeto del principio de legalidad y a la existencia de una garantía jurisdiccional. Si se hace lectura minuciosa del artículo 2 de la Constitución en cuanto parece afirmar, además del tradicional reconocimiento de los derechos inviolables del hombre y

sus deberes de solidaridad política, económica y social, también la no exclusión de restricciones de la esfera jurídica de un sujeto, cuando sean necesarias para la protección del orden social, como es el caso de levantamiento del secreto de las comunicaciones por mandamiento motivado del juez, por ejemplo.

Entre las medidas preventivas que pudieran darse, aquellas que limiten la libertad personal y a la libertad de circulación del sujeto contra el que se aplican. A este respecto, el rasgo característico de las medidas de prevención está representado por el carácter limitativo de las libertades de la persona —en diferentes matices que implican la libertad individual, la libertad de circulación y otros derechos personales— combinado con la finalidad preventiva en ausencia de la comisión previa de un delito. Esto resulta ser el fundamento de todo el sistema de prevención que, propiamente dicho, tiene por objeto salvaguardar a la sociedad de la ocurrencia de posibles actos y hechos ilícitos, perjudiciales para ella, tal como ya se ha instrumentalizado en la Ley 30364, Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar.

En caso se instrumentalizaran medidas preventivas del delito a través de una norma dedicada, se pone de relieve la necesidad de conferir una conformidad constitucional al sistema general, para luego permitirle entrar en la especificidad de las disposiciones y llegar a un examen concreto de compatibilidad. Sería preciso reconocer la plena conformidad con los parámetros de la norma fundamental de las medidas de prevención que pudiesen ser aplicadas en ese contexto, por lo que su elaboración tiene que hacerse con pleno respeto al marco constitucional vigente.

8. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Arbulú, V. (2013). *Derecho Procesal Penal*. Ediciones Legales.
- Baratta, A. (2002). *Criminología crítica y crítica del derecho penal: introducción a la sociología jurídico-penal*. Siglo Veintiuno Editores Argentina.
http://lib1.org/_ads/4FF1F2891D1DC1764C0A0E6E7153D

Artículo

E8B

- Barbero, M. y Gimeno-Sendra, V. (1997). *Prisión provisional, detención preventiva y derechos fundamentales*. Ediciones de la Universidad de Castilla. http://www.cienciaspenales.net/files/2016/10/3_la-prision-provisional-y-derecho-a-la-libertad.pdf
- Donald, C. N. (2018). Constitutional opening to the international human rights law in a new constitution . *Ius et Praxis*, 24(3), 379–420. <https://doi.org/10.4067/S0718-00122018000300379>
- Ekblom, P. (2014). *Crime prevention, security and community safety using the 5Is Framework*. Macmillan Publishers Limited.
- Ekblom, P. y Armitage, R. (2020). *Rebuilding Crime Prevention Through Environmental Design: Strengthening the Links with Crime Science*. Routledge.
- Ferrajoli, L. (2001). Los Fundamentos De Los Derechos Fundamentales. En *Trotta*. Editorial Trotta.
- Hassemer, W. y Munoz Conde, F. (1989). *Introducción a la criminología y al derecho penal*. Tirant lo Blanch. http://lib1.org/_ads/5B650C823416AFCEA3474F2F671CD75D
- Jescheck, H.-H., Weigend, T. y Olmedo Cardenete, M. (2002). *Tratado de derecho penal: parte general*. Comares. <https://es.scribd.com/document/396282202/2002-Tratado-de-Derecho-Penal-5-Edicion-Hans-Heinrich-Jescheck-Trad-Miguel-Olmedo-Cardenete>
- Márquez Cárdenas, A. E. (2011). *La Victimología como estudio redescubrimiento de la víctima para el proceso penal* (Vol. 27). Prolegómenos - Derecho y Valores.
- Parolari, P. (2017). Judicial protection of fundamental rights in the European context: The “dialogue” between courts in the disorder of the sources of law . *Diritto and Questioni Pubbliche*, 17(1), 31–58. <https://www.scopus.com/inward/record.uri?eid=2-s2.0-85047722884&partnerID=40&md5=e07502369d5caa6a910d7c96f8599cd5>
- Peña-Cabrera, A. (2010). *Derecho Penal, Parte Especial Tomo III*. IDEMSA.
- Queralt i Jimenez, J. J. (2019). *Estudios sobre derecho penal y protección de derechos fundamentales*.

http://lib1.org/_ads/E7D2E0943CB2EFB28A95FE4423B693A3

- Ríos, G. y Espinoza, R. (2022). *Criminología para todos*. Universidad San Martín de Porres.
- Rojas Aguirre, L. E. (2010). What is subjective in an objective imputation judgement: A theoretical aporia? . *Revista de Derecho*, 23(1), 233–254.
<https://www.scopus.com/inward/record.uri?eid=2-s2.0-78049256864&partnerID=40&md5=c8d05a177924094eb386bd0a3254142b>
- Sánchez, I. (1999). *El moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal*. Universidad de Valladolid.
<https://es.scribd.com/document/116815155/El-moderno-Derecho-penal>
- Sarlet, I. (2019). *La eficacia de los derechos fundamentales: Una Teoría desde una perspectiva Constitucional*. Palestra.
- Solove, D., Von Hirsch, A., Hayes, R., Felson, M., Clarke, R., Etzioni, A. y Agustina, J. (2010). *Tendencias en prevención del delito y sus límites*. IB de F.
- Soto-Urpina, C. (2015). *Las dos caras de la prevención situacional: el desplazamiento y la difusión de beneficios* [UNED]. http://espacio.uned.es/fez/eserv/tesisuned:Derecho-Csoto/SOTO_URPINA_Carles_Tesis.pdf
- Suelst-Cock, V. (2016). The bloc de constitutionnalité as a mechanism for constitutional interpretation. An approach to the contents of the corpus of rights in Colombia . *Vniversitas*, 65(133), 301–382.
<https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj133.bcmi>

LA REPARACIÓN CIVIL EN EL PROCESO PENAL

Autor (a):

MEJÍA JAMANCA, MARCO ANTONIO

Fiscal Adjunto Provincial Penal Titular de Pasco

RESUMEN

En el presente artículo, el autor efectúa un análisis de la figura de la reparación civil, sus efectos reparadores sobre la víctima y los fundamentos teóricos jurídicos que le dan sustento dentro de nuestro ordenamiento jurídico. En esa línea, se enfatiza la revalorización de la víctima en el contexto del proceso penal dentro de un Derecho Penal orientado a darle el verdadero rol que le corresponde como el directo agraviado.

Palabras Clave: Reparación civil, condena, sentencia, infractor, condenado, víctima, agraviado.

ABSTRACT

In this article, the author analyses the concept of civil reparation, its reparatory effects on the victim and the legal theoretical foundations that support it within our legal system. In this line, emphasis is placed on the revaluation of the victim in the context of the criminal process within a criminal law oriented towards giving the victim the true role that corresponds to him/her as the directly injured party.

Artículo

Keywords: Civil reparation, conviction, sentence, offender, convicted, victim, aggrieved.

SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN

II. MARCO TEÓRICO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y PENAL

III. LA REPARACIÓN CIVIL Y SU IMPORTANCIA PARA LA VÍCTIMA DEL DELITO

IV. LA REPARACIÓN CIVIL COMO REGLA DE CONDUCTA PARA LA SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA

V. CONCLUSIONES

VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

I. INTRODUCCIÓN

Durante largo tiempo, los estudios realizados en el campo del Derecho Penal y Procesal Penal han dejado de lado a la víctima del delito, enfocando su atención en el sujeto activo del mismo. Desde esa



perspectiva, el protagonismo del infractor ha sido el eje en torno al cual se ha construido gran parte de la dogmática procesal penal. En esa línea, el objetivo principal del proceso siempre ha estado relacionado a establecer la responsabilidad del agente y de esa manera, imponerle la pena prevista acorde con el delito en el que ha incurrido y, de manera accesoria, establecer el monto de la reparación civil la cual, en la mayoría de los casos, suele ser de un monto ínfimo, quedando muchas veces sin ser pagada por el responsable.

No obstante, en los últimos años se han reencausado el interés por la víctima y hay muchos estudios que corroboran esa tendencia. Y dentro de esa revaloración, nuestro Código Procesal Penal del 2004 establece en el inciso 4 del artículo 58, como regla de conducta, la gestión por parte del condenado de la reparación civil respectiva en favor de la víctima con la advertencia de la revocación de la suspensión de la ejecución de la pena en caso no se cumpla.

Desde un punto de vista objetivo, la acción civil es posible para las reclamaciones de derecho privado que se derivan del delito. Según la doctrina del derecho de la responsabilidad, los requisitos de la responsabilidad extracontractual son la ocurrencia de un daño, una conexión causal adecuada entre el acto y la ocurrencia del daño, la legalidad y la culpa. Por regla general, éstos sólo deben ser

Artículo

presentados por el demandante y deben ser examinados por el tribunal además de la valoración penal de los hechos. La mayor parte de los requisitos de una posible responsabilidad se plantea de oficio en el marco de la investigación penal. Según la situación jurídica actual y futura y la doctrina imperante, la persona que se ve directamente perjudicada en sus intereses jurídicamente protegidos por la infracción penal está legitimada para ejercitar la acción de reparación civil desde un punto de vista subjetivo. No basta con una afectación meramente indirecta de un interés jurídico individual protegido. La persona agraviada tiene derecho a ser admitida como parte en un proceso penal.

II. MARCO TEÓRICO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y PENAL

Durante mucho tiempo la cuestión de la reparabilidad de los daños tuvo un enfoque eminentemente patrimonialista, como ejemplifica el tratamiento que se le dio al tema por parte de la doctrina. Se argumentó que la indemnización por actos ilícitos, especialmente en el caso de los daños morales, era incompatible con el derecho privado, ya que no pretendía recomponer el patrimonio del ofendido. El ilícito penal tiene consecuencias en el ámbito del Derecho Público y debe tenerlas en el ámbito del Derecho Civil. El remedio contra la ilegalidad de la conducta, a nivel social, pertenece al Derecho Penal y tiene como consecuencia la aplicación de una pena. En el plano de las relaciones interpersonales, pertenece al Derecho Privado, teniendo como consecuencia la indemnización a la víctima frente a los resultados lesivos del acto (De Oliveira y Santos, 2020).

La teoría general del derecho penal del delito y de la pena se basa en una serie de principios, entre los que destacan el principio de estricta reserva de ley (*nulla poena sine previa lege*), el principio del debido proceso legal (el *due process of law* heredado del derecho inglés) y el principio que postula el Derecho Penal como *última ratio*. En el primer caso, consagrado como uno de los derechos fundamentales del ciudadano en nuestra Constitución, se reconoce el derecho a castigar, reservado al Estado, siempre que tanto la

tipificación como el castigo estén respaldados por una ley previa (Hassemer y Muñoz Conde, 1989). En efecto, el Derecho Penal no retrocede para perjudicar al acusado, sino sólo para beneficiarlo. Si el agente practica una conducta en un momento determinado y no está tipificada como delito, la ley penal no puede alcanzarle si, en el futuro, se considera delictiva. La observancia del debido proceso legal es de importancia fundamental, tanto para hacer posible el contradictorio y la amplia defensa, como para frenar la arbitrariedad por parte de las autoridades acusadoras *lato sensu* (desde la comisaría que preside una investigación hasta el fiscal que formula la acusación y el juez que preside el proceso mismo) (Soler, 1992). Una de las consecuencias de este principio consiste precisamente en la búsqueda permanente de la garantía de que nadie será condenado sin la estricta observancia del debido proceso legal, ni será privado de su libertad hasta que la sentencia penal sea firme. Así, se mantiene la presunción de no culpabilidad, como condición *sine qua non* para que el proceso se desarrolle de forma justa y el resultado sea igualmente justo (Bacigalupo, 2005).

La concepción del Derecho Penal como una *última ratio* es una de las grandes aportaciones del pensamiento penalista. En efecto, el poder de coacción del Estado ante conductas comisivas u omisivas perjudiciales para terceros debe ser circunscrito y ejercido de todas las formas posibles, tendentes a la corrección de la desviación de ese comportamiento, salvo, en principio, mediante la adopción de la privación de libertad del ciudadano. Sólo en última instancia como una especie de último recurso el poder público debe utilizar el medio cruel disponible, es decir, aceptado por las sociedades en general, que es la aplicación de las normas penales (Feijóo, 2012). Así, si es posible adoptar una sanción punitiva a una determinada conducta lesiva, como respuesta y reacción negativa de la sociedad a la misma, debe aplicarse una sanción punitiva de carácter civil. Esta sanción debería elevarse al cuadrado, al cubo, etc., pero el Derecho Penal sólo debería aplicarse en casos residuales, tal es la gravedad y la seriedad de esta forma de intervención del Estado en la vida de los ciudadanos, especialmente en lo que respecta a la aplicación de la

Artículo

pena de privación de libertad. Como puede verse, se trata de principios garantistas, es decir, principios que pretenden proteger a los ciudadanos del poder monopólico del Estado para sancionar, limitándolo a la estricta observancia de los dictados legales en el ejercicio de este poder, tanto desde el punto de vista material como procesal. Nuestro sistema penal adopta la teoría del resultado (Amuchategui, 2012). Sin embargo, la tentativa de delito se castiga cuando, por razones ajenas al agente, el delito no se consuma.

Por otro lado, para que una conducta se considere delictiva es necesario que el hecho sea típico (tipificado en la ley), ilícito o antijurídico (el individuo actuó en disconformidad con el orden jurídico establecido) y culpable (su conducta no supera la prueba de la exigencia de una conducta diferente, dando lugar a un grado de reproducibilidad social tal que el individuo sea objeto de la aplicación de una sanción penal). Evidentemente, la concepción teórica del Derecho Penal enseña que hay una serie de elementos a considerar, tanto en la elaboración de la norma jurídica, general y abstracta, como en su aplicación, en la dosimetría y en la ejecución de la pena. Por lo tanto, es esencial que se preste atención a los hechos atípicos, como un error sobre los elementos del tipo, cuando, por ejemplo, el agente no sabe que está cometiendo un delito. Por último, considerar la tipicidad en una perspectiva conglobante, como enseña Zaffaroni (2006); los excluyentes de la ilegalidad (legítima defensa, que incluye la variante de discriminante pura, el ejercicio regular de los derechos, el estado de necesidad y el cumplimiento estricto del deber legal) (Zaffaroni, 2006). Además, tanto la teoría como la positivización de las normas penales prestan atención a la imputabilidad, es decir, a las hipótesis de exención de la pena, como en el caso de la minoría de edad, de los enfermos mentales de todo tipo que son totalmente incapaces de discernir el carácter ilícito del hecho cometido o de determinar sus propios actos de acuerdo con esta comprensión (Peña-Cabrera, 2019b).

El hecho es que el responsable del delito es el que de alguna manera contribuyó a él y en la medida de su culpabilidad, aunque no se comuniquen las circunstancias y condiciones de carácter personal,

salvo que sean elementales para el delito. Pero, salvo disposición en contrario, no será objeto de ajuste de pena, determinación o instigación, si el delito no es, al menos, en grado de tentativa. Existe, por cierto, otro desarrollo teórico del Derecho Penal relativo a la llamada comisión concurrente de agentes. Por la teoría de los antecedentes causales, la regresión en la competencia sería *ad infinitum*. Nuestro modelo penal, sin embargo, adopta la teoría del resultado y la teoría de la equivalencia de los antecedentes causales, es decir, el resultado sólo es imputable a quienes lo causaron —a quienes realizaron la acción u omisión sin la cual el resultado delictivo no se habría producido y todas las causas y hechos se aplican si el agente actuó con dolo o culpa, respondiendo siempre en la medida de su culpabilidad.

Es importante destacar que la conexión causal entre la conducta del agente y el resultado tipificado como delictivo de su conducta es condición indispensable para la imputación de la responsabilidad penal. Por ello, responde el causante del delito (el resultado que daña un bien jurídicamente protegido por el Estado) (el agente que cometió el hecho o contribuyó a él, siempre en la medida de su culpabilidad). Esta es también una construcción teórica muy importante, ya que analiza el delito desde el punto de vista de la conexión entre la causa y el efecto de la conducta comisiva u omisiva del delincuente (Salinas, 2020). Una vez reunidos los componentes analíticos del delito (hecho típico, ilícito y culpable), el nexo de causalidad y el resultado de la acción (o tentativa, con la citada calificación) antes descritos, se promueve la acción penal competente, asegurando la observancia del debido proceso legal con las exigencias del derecho de contradicción y la plena defensa del imputado. En ese contexto, uno de los efectos genéricos de la condena, es hacer cierta la obligación de indemnizar los daños causados por el delito. Por seguridad jurídica y estabilidad en las relaciones intersubjetivas, se requiere el tránsito en autoridad de cosa juzgada de la sentencia penal para que el juez, en esa misma sentencia, establezca el monto de la reparación civil de acuerdo a su consideración. De lo anterior, se deduce que la concepción teórica

Artículo

del Derecho Penal, incorporada al ordenamiento jurídico peruano en forma de normas jurídicas hipotéticas, generales y abstractas, se funde con la vertiente civil de la relación jurídica derivada de la conducta considerada delictiva, en la medida en que el causante del daño debe resarcir, también civilmente, por el daño causado a la víctima. De este modo, la vieja dicotomía de la ciencia jurídica vuelve a estar perfectamente cerrada.

III. LA REPARACIÓN CIVIL Y SU IMPORTANCIA PARA LA VÍCTIMA DEL DELITO

Es evidente que las consecuencias derivadas de la acción delictiva no terminan con la aplicación de la pena respectiva por el delito cometido, sino que involucran otras formas de justicia de naturaleza civil reparador. En síntesis, la ejecución de un delito, produce una doble consecuencia: una sanción penal prevista de manera explícita por el Código Penal y la respectiva reparación civil del agraviado. Al respecto, el tribunal que conozca de la causa penal emitirá una sentencia debidamente fundamentada y cuantificada. También se adopta una decisión en el caso de una absolución si los hechos están preparados para una decisión, es decir, las condiciones de responsabilidad se liquidan como cumplidas o no cumplidas. En este caso, el tribunal también está obligado por el principio de disposición. Además, en los casos en los que el importe exacto de los daños y, por tanto, el importe exacto de la reclamación civil, no puede probarse en el momento de la sentencia o sólo puede probarse con un esfuerzo desproporcionado, el tribunal sólo puede tomar una decisión de principio, es decir, limitar su decisión de principio al hecho de que se cumplen los requisitos de la responsabilidad del infractor.

En esa línea, el resultado del delito no termina con la aplicación de la pena prevista, sino que también implica una consecuencia de naturaleza civil de carácter reparador. En síntesis, estamos hablando de dos consecuencias claramente identificables: la aplicación de una pena, que tiene como objetivo reafirmar el

funcionamiento del orden público y la reparación civil propiamente dicha.

La vieja ideología del castigo sufrido, retrospectivo y teocéntrico.

La justicia restaurativa es la novedad político-criminal más importante de las últimas décadas (Hurtado, 2010), a nivel internacional, en el ámbito de la práctica y la teoría del castigo. Harán falta otras décadas, al menos, para comprobar plenamente su funcionamiento, pero innovaciones como éstas, junto con el surgimiento de un tribunal internacional para los crímenes de guerra y de lesa humanidad, la difusión internacional de la responsabilidad de los órganos, de la excusabilidad de los errores de derecho (penales o no), de la no punibilidad de los hechos pequeños e inofensivos, de la necesaria retroactividad de la *lex mitior* (aplicación retroactiva de la ley penal más favorable), y el abandono de las diversas formas de objetivación y presunción de la responsabilidad penal, son capaces de cambiar genéticamente el Derecho Penal sustantivo: pero en conjunto no se orientan en el sentido de eliminar completamente todo componente aflictivo de la pena, o de suponer como ontológicamente reparable todo delito (Ahumada, 2011).

Por otro lado, la presencia de la víctima, en esta lógica retributiva, es totalmente posible, porque la víctima debe ser neutralizada en su necesidad de venganza, y es sustituida por el Estado, cuyo monopolio de la fuerza sirve para mantener al ofendido fuera del mecanismo punitivo, garantizándole la "justicia", pero no la "reparación", para lo cual queda abierta la vía privada de la indemnización (Amuchategui Requena, 2012). Por lo tanto, de acuerdo a Binder, (Binder, 1999) la reparación del delito en sí no es un objetivo del Estado. Que el delincuente repare si quiere, pero este asunto queda en lo privado (daño compensado) o en lo secundario (circunstancia atenuante), porque la pena sólo es pública y es un castigo sufrido pasivamente, modelado "teóricamente" en el cuerpo

Artículo

del delincuente, único ente que puede sufrir pasivamente, ya que no es admisible un mal moral sólo sufrido.

Podemos ver que cuanto más se repara y se repara post factum, más se modifica, hasta el punto de disminuir, la necesidad de castigo. Los institutos que, en los distintos sectores, ponen en práctica esta idea son muy numerosos y conciernen a muchas políticas sancionadoras diferentes. Nos enseñan que el cálculo de la pena será muy diferente según el caso, porque la evolución de la política criminal contemporánea respecto al "modelo" codificado de la relación entre pena, reparación e indemnización, nos dice exactamente que ese modelo se está volviendo residual, y no fundacional, según la lógica típica de la descodificación. La idea de que el delito, como tal, es una ofensa de la que "no hay vuelta atrás", por lo que no queda más, salvo el perdón soberano (Burgos-Mariños, 2012), que sufrir el merecido castigo, no pertenece a la política criminal contemporánea en muchos sectores de la intervención penal. Ya no parecen, al observarlos detenidamente, de carácter excepcional, porque la extensión y la amplitud de su experimentación están cambiando el panorama general, en el signo de una verdadera descodificación mucho más pronunciada, aquí, que los casos comentados en la literatura penal de descodificación en el sentido actual. La evolución esbozada, que se refiere a la "lógica" del arrepentimiento y del perdón en el sistema de justicia penal, atestigua así la antigüedad del modelo codificado frente a la legislación penal complementaria. La cuestión es si ha llegado el momento de replantearse globalmente esta situación, en el sentido de una transformación continua del modelo original, hasta el punto de pensar en su sustitución. Creemos que todavía no hemos llegado a este punto, pero que los signos de la superación del paradigma son ya muy claros, en lo que respecta a todo el sistema de sanciones. Corresponde principalmente a la doctrina elaborar un paradigma alternativo al todavía vigente. Los más recientes institutos de justicia restaurativa, a partir de la libertad condicional para adultos en el régimen ordinario de las penas, junto con las normas internacionales de referencia, son una muestra muy clara de la

relevancia de esta tarea, que vamos a esbozar a continuación. La obligación de reparar, el deber de la pena sufrida, la reparación como carga.

En consecuencia, dentro del contexto del modelo penal peruano, la reparación civil es la medida de naturaleza simbólica una suerte de disculpa que presenta el ofensor, que se da desde el plano restitutorio e indemnizatorio a favor de la víctima (Peña-Cabrera, 2007). Al respecto, Peña Cabrera establece que, a través de la reparación civil se busca la reposición de la situación previa a la comisión del delito, dirigida tanto al agraviado como al Estado, como el ofendido secundario del delito (Peña-Cabrera, 2007).

Salinas Siccha(Salinas, 2020), precisa que la reparación civil se dirige al resarcimiento, tanto de la afectación moral y material generada en la víctima del delito, es decir, buscaría eliminar los efectos dañinos producidos por la acción del delito. Al respecto, esta situación se hace complementaria de las propias normas que el Código Civil ha establecido con respecto a la identificación y reparación del daño ocasionado. Peña Cabrera(Peña-Cabrera, 2019a), por su parte, subraya que tanto la restitución y la indemnización son complementarios más no de naturaleza alternativa. Por tanto, puede afirmarse que la indemnización tiene un carácter subsidiario y complementario ante la restitución del bien.

En conclusión, la trascendencia de la reparación civil desde el plano de la política criminal se basa en su naturaleza recompositiva, la misma que se manifiesta hacia una perspectiva de atenuar y prevenir situaciones similares. Así vista esta figura, se intenta superar el daño, no sólo entre los sujetos involucrados (agresor y víctima), sino frente a la sociedad misma, la cual instrumentaliza a través de esta figura, acercarse a la víctima a fin de recuperar, aunque sea en parte, las pérdidas ocasionadas por el acto delictivo y generar, las condiciones de resocialización del infractor, haciendo también del agraviado un actor más partícipe en el nuevo contexto del derecho procesal penal.

Artículo

IV. LA REPARACIÓN CIVIL COMO REGLA DE CONDUCTA PARA LA SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA

Durante siglos, la pérdida de la libertad como consecuencia de la aplicación de una sanción penal a constituido la expresión más grave por parte del Estado, en el ejercicio del *ius puniendi*. De esta forma, a través de un modelo retributivo o restitutivo, la represión del delito en sus formas más gravosas tiene como consecuencia la prisión como coronación de la sanción punitiva implementada para castigar y reprimir, aquellos actos considerados no sólo lesivos para la víctima sino para la sociedad en general. Sin embargo, en las últimas décadas se está desarrollando un nuevo enfoque a partir de un replanteamiento de las ideas penales y los nuevos criterios resocializadores desplegados por la doctrina penal contemporánea, principalmente orientados a humanizar el ejercicio del derecho penal.

En ese contexto, el artículo 57 de nuestro Código Sustantivo penal, en aras de establecer una política sancionadora menos drástica, contempla la figura de la suspensión de ejecución de la pena la cual se caracteriza por la no aplicación de la pena condenatoria siempre y cuando el sentenciado se someta a un conjunto de obligaciones y si dentro del tiempo de duración de la misma no incurre en ningún nuevo delito. Este tiempo puede ser de 1 a 3 años al término de lo cual, en consideración a la observancia de dichas reglas, se da como no pronunciada la condena.

Peña Cabrera nos dice en ese sentido, que la suspensión del cumplimiento de la condena, siempre y cuando el sentenciado se someta a las reglas dictadas y en el plazo respectivo, extinguen la responsabilidad penal. De esta forma, no se encarcela al reo, se generan mecanismos inmediatos de resocialización y se evita una sobrecarga de la población carcelaria por delitos que, en consideración del Estado, no merecen por ser menos intensas (Peña-Cabrera, 2019a).

En esa misma línea, el pago de la reparación civil forma parte de la órbita de requisitos que se imponen al sentenciado para que se suspenda la pena dictada en su contra. Si bien es cierto, este incumplimiento no debe generar la revocación de la suspensión de la ejecución de la pena, que tiene que considerar que, si este comportamiento se asocia a otra clase de inconductas, el juez puede valorar la posibilidad de aplicar dicha suspensión, pues es libre de interpretar estos hechos como justificantes para la mencionada decisión.

Por su parte, el Tribunal Constitucional ha expresado¹⁰ que, no obstante que nadie puede ser encarcelado por deudas, situación que garantiza su libertad de desplazamiento, sin embargo cuando se incumplen pagos relacionados a la reparación civil luego de una sentencia condenatoria, se debe considerar el contexto de principios y valores asociados a esta situación, más aún que se entiende que dicho pago se enmarca como regla de conducta dirigida a resarcir el daño ocasionado por una acción delictiva, por lo que no se puede considerar que se trata de una deuda que pertenezca al ámbito civil, pues se encuentra dentro del plano de una sanción penal generada por la comisión del delito y, en consecuencia, su cumplimiento pertenece a un conjunto de reglas de conducta pre establecidas para que se dé la condición de suspensión de la pena. De allí que ese incumplimiento justificaría la revocación de la suspensión de la pena de acuerdo a los criterios que pueda tener el juez para la aplicación de dicha decisión.

Por su parte, la Corte Suprema de la República, a través del Recurso de Casación N.º 258-2020-Cusco, ha establecido los parámetros a ser considerados para establecer la probable suspensión de la ejecución de la pena. En ese contexto, señalan los Supremos, que en consideración a que la ejecución de la pena tiene como objetivo impedir las consecuencias derivadas del internamiento carcelario,

¹⁰ Expediente N° 695-2007-PHC/TC del 16 de febrero de 2007

Artículo

se precisan cumplir con un conjunto de requisitos por parte del procesado. Estos son:

- A) Que la sanción penal establecida para el acusado no sea superior a cuatro años de pena privativa de la libertad.
- B) Que los aspectos subjetivos relacionados a la personalidad del actor, así como su conducta procesal y otros relacionados a la forma y características del hecho por el que se le ha establecido su responsabilidad penal, permitan deducir que el procesado no volverá a incurrir en una nueva acción criminal.
- C) Que el actor no esté en condición de reincidente ni haya asumido un comportamiento criminal asociado a la habitualidad.

Por otro lado, se pide la adecuada prudencia valorativa por parte de los juzgadores a fin de tomar en consideración los siguientes aspectos:

- a) La edad del sentenciado, así como su nivel de responsabilidad y compromiso familiar, incluyendo su nivel cultural y educativo.
- b) El grado de compromiso del sentenciado con respecto a actividades formativas y laborales.
- c) El tipo de constructo social, cultural y familiar que rodea al sentenciado.
- d) La gravosidad en el accionar del agente y el grado de perjuicio a los bienes jurídicos comprometidos.
- e) El área o lugar donde se ejecutó el delito.
- f) La asunción del compromiso de reparación por el daño ocasionado y su disposición al pago por la responsabilidad civil que le es inherente.

- g) Las consideraciones respecto a la infracción normativa, los factores atenuantes o situaciones excepcionales que se dieron en la realización del delito, haya sido este doloso o culposo.
- h) Las consideraciones respecto a si el agente formó parte de una organización delictiva.

Si en verdad queremos reconstruir un Derecho Penal orientado también a tutelar a la víctima de manera directa, tenemos que coincidir con la línea trazada por el Tribunal Constitucional, pues no se trata de una deuda civil sin una deuda originada por el daño ocasionado por la incurrancia en una acción delictiva directamente lesiva de determinados bienes jurídicos de la víctima. Por tanto, el Estado tiene todo el derecho de exigir este pago, pues ello forma parte de una política de resarcimiento del perjuicio generado, situación que todo juez penal debe tener siempre presente al momento de valorar esta clase de situaciones.

CONCLUSIONES

En principio, se ha examinado el deber de reparar los daños materiales y morales de carácter extracontractual, derivados de la acción delictiva. Esta responsabilidad civil de naturaleza aquiliana, correspondiente a los daños materiales y morales derivados de actos ilícitos, también está satisfactoriamente regulada, permitiendo al juez fijar la indemnización, por equidad, cuando es materialmente imposible cuantificarla. No obstante, es importante subrayar que se ha avanzado poco en materia de parametrización para la responsabilidad civil por daño moral.

De lo expuesto, se concluye que bajo el punto de vista teórico-normativo los modelos penal y civil se complementan en el ámbito de la responsabilidad del delincuente por los daños causados a la víctima. Destaca la prevalencia del principio de independencia entre el ámbito penal y el civil, pero, al mismo tiempo, el punto de contacto que esta acción hace en los dos ámbitos clásicos del Derecho a través de la valoración que efectúa el juez penal, de los daños ocasionados

Artículo

a la víctima. En efecto, la víctima o sus herederos tienen garantizado el derecho de acción, haciendo de la sentencia penal firme un título ejecutivo en el ámbito civil.

Asimismo, si bien el Estado ejerce su derecho de acción y castigo en los delitos sujetos a la acción penal pública incondicionada —en particular en los que atentan contra la vida y la integridad corporal, o contra el peligro para la vida y la salud, contra la propiedad y contra la fe pública y la administración pública— y, por tanto, con independencia de la voluntad de la víctima o de sus herederos, con ánimo de optimizar la mejora el resarcimiento de la víctima, sería conveniente que la valoración de esta reparación se realice bajo determinados baremos que estandaricen el monto de dicho resarcimiento a fin de que no se plasme en sumas ridículas que no ofrecen en la práctica, un verdadero resarcimiento al agraviado.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Ahumada, M. (2011). La conciliación: un medio de justicia restaurativa; análisis y reflexiones de su implementación en el delito de inasistencia alimentaria en Colombia. *Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 41(114), 11-40. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r26855.pdf>
- Amuchategui Requena, G. (2012). *Derecho penal (4a. ed.)*. Oxford University Press México. http://lib1.org/_ads/F0C4D9D6DE8CF200F703F06A96A44C
- Bacigalupo, E. y Bacigalupo, E. (2005). *Derecho penal y el estado de derecho*. Editorial Jurídica de Chile. http://lib1.org/_ads/72B102DFF5FE8E4AFE2EAAE42476C620
- Binder, A. M. (1999). *Introducción al derecho procesal penal*. AD-HOC. http://93.174.95.29/_ads/88EAC0F8C68644D9B20F7AB2F384F4FB
- Burgos-Mariños, V. (2012). *El proceso penal peruano: una investigación - El sistema de administración de justicia penal*. <https://sisbib.unmsm.edu.pe/bibvirtual/tesis/human/burg>

os_m_v/cap6.htm

- DE OLIVEIRA, J. S. y Santos, D. P. (2020). Dignity, fundamental rights and personality rights: A guarantee perspective for substantial democracy . *Revista Juridica*, 2(59), 343–358. <https://doi.org/10.21902/revistajur.2316-753X.v2i59.4094>
- Feijóo, B. (2012). *Sobre el fundamento de las sanciones a personas jurídicas y empresas en el Derecho Penal español y el Derecho peruano*. Dykinson.
- Hassemer, W. y Munoz Conde, F. (1989). *Introduccion a la criminologia y al derecho penal*. Tirant lo Blanch. http://lib1.org/_ads/5B650C823416AFCEA3474F2F671CD75D
- Hurtado, J. (2010). *Teoría y Práctica de los acuerdos reparatorios y justicia restaurativa en el nuevo proceso penal*. APPEC.
- Peña-Cabrera, A. (2007). *Exégesis del Nuevo Código Procesal Penal*. Rodhas.
- Peña-Cabrera, A. (2019a). *Manual de Derecho Penal Parte Especial Tomo 1*. Editora y Distribuidora Ediciones Legales.
- Peña-Cabrera, A. (2019b). *Manual de Derecho Penal parte Especial Tomo 2*. Editora y Distribuidora Ediciones Legales.
- Salinas, R. (2020). *Derecho Penal - Parte Especial*. Iustitia.
- Soler, S. (1992). *Derecho Penal Argentino. Tomo I al VI (Parte General)*. Tipografica Editora Argentina. http://lib1.org/_ads/4B6174397D63BD1E104651F368C3175B
- Zaffaroni, E. R. (2006). *El enemigo en el derecho penal*. Ediar Sociedad Anónima Editora. http://lib1.org/_ads/72BCF944B49B47C708AC7282A0F4CE20

LA NECESIDAD DE TRATAMIENTO PSICOLÓGICO DE LAS AGRAVIADAS DESDE EL ACTO DE LA DENUNCIA POLICIAL CON FINES DE RECUPERACIÓN INTEGRAL

**Autor (a):
PANDURO HOYOS, SARA AURORA**

Fiscal Adjunta Provincial de la Fiscalía Mixta del distrito Banda de Shilcayo _ San Martín

RESUMEN

En el presente artículo, la autora realiza un estudio de la violencia contra la mujer en los distintos contextos en que se presenta, el marco legal diseñado para combatirla, deteniéndose en aquellos aspectos en los que se evidencia carencias o limitaciones de las actuales políticas públicas diseñadas para hacer frente a esta problemática. En ese sentido, se resalta la necesidad de una atención psicológica inmediata para aquellas mujeres víctimas de violencia a partir del mismo momento de la denuncia policial, pues se está frente a una situación que, por su gravedad e intensidad, requiere una respuesta inmediata por parte de las instituciones del Estado y sus autoridades.

Palabras Clave: Violencia contra la mujer, tratamiento psicológico, efectos post traumáticos, derechos humanos.

ABSTRACT

In this article, the author makes a study of violence against women in the different contexts in which it occurs, the legal framework designed to combat it, focusing on those aspects in which there is evidence of shortcomings or limitations of current public policies designed to address this problem. In this sense, it highlights the need for immediate psychological care for women victims of violence from the moment of the police report, since this is a situation that, due to its seriousness and intensity, requires an immediate response from the State institutions and its authorities.

Key words: Violence against women, psychological treatment, post-traumatic effects, human rights.

SUMARIO:

1. *INTRODUCCIÓN*
2. *DEFINICIONES DE VIOLENCIA: ENTRE FORMALIDADES Y SUBJETIVIDADES*
3. *DIVERSAS FORMAS DE VIOLENCIA CONTRA LA MUJER*
4. *LOS PATRONES DE LA VIOLENCIA*
5. *LA VIOLACIÓN NO ES SÓLO UN DELITO GRAVE*
6. *LAS CARACTERÍSTICAS DE LA VIOLENCIA MACHISTA*
7. *LA NECESIDAD DE TRATAMIENTO PSICOLÓGICO DE LAS AGRAVIADAS*
8. *LA NECESIDAD DE TRATAMIENTO PSICOLÓGICO DE LAS AGRAVIADAS DESDE EL ACTO DE LA DENUNCIA POLICIAL*
9. *CONCLUSIONES*
10. *RECOMENDACIONES*
11. *REFERENCIAS*

1. INTRODUCCIÓN

La violencia contra las mujeres es considerada por la Organización Mundial de la Salud como un problema de salud de proporciones mundiales (OMS, 2019). Sin duda se



trata de un flagelo global" debido a su propagación en todos los países, incluida Italia. Los agresores pertenecen a todas las clases y abusan física y sexualmente de mujeres adultas y menores, en el trabajo y en la familia. De acuerdo a Hernández-Breña, (2019), siete de cada diez mujeres ha experimentado algún tipo de violencia, lo que nos posiciona como uno de los países donde se manifiesta una violencia contra el género femenino más elevada.

Las Naciones Unidas votaron en 1993 sobre la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, en la que este tipo de violencia se define de la siguiente manera: «*Todo acto de violencia de género que cause o pueda causar daños físicos, sexuales o psicológicos, incluidas las amenazas de violencia, coacción o privación arbitraria de libertad, tanto en la vida pública como en la privada*» (OPS, 2020). Nos enfrentamos a una de las muchas violaciones de los derechos humanos, el afianzamiento de una relación entre seres humanos que ha llevado a los hombres a intimidar y discriminar a las mujeres, un mecanismo social que obliga a las mujeres a vivir en una posición subordinada en comparación con los hombres. Desafortunadamente, la violencia contra las mujeres se está convirtiendo en un fenómeno cada vez más extendido dentro de la familia y en toda la sociedad, por lo que es esencial tomar en serio el problema para eliminar o al menos reducir los efectos negativos producidos por este tipo de violencia,

Artículo

que debe ser castigada no solo cuando ocurre en las formas más brutales e inhumanas, pero también cuando asume el aspecto del chantaje moral y la violencia psicológica.

En una época que profesa ser civilizada como la nuestra, las Naciones Unidas han definido acertadamente la violencia contra las mujeres como "un flagelo global", un fenómeno bárbaro que está alcanzando dimensiones preocupantes, porque incluye no solo la agresión física sino también el acoso psicológico, el chantaje económico, las amenazas, la violencia y la persecución de diversos tipos, lo que lleva a la forma extrema y dramática del feminicidio. Baste decir que, según datos oficiales de 2016, seis millones y 788 mil mujeres han sufrido alguna forma de violencia física o sexual en el mundo (Lídice, 2019).

Ahora hay pruebas de que la violencia contra las mujeres se ha vuelto endémica tanto en los países industrializados como en los países en desarrollo. Las víctimas y sus agresores pertenecen a todas las clases sociales, a todas las clases económicas y culturales; A menudo son esposos, novios, compañeros de vida y padres, seguidos por amigos, vecinos, conocidos cercanos, colegas de trabajo o estudio. También debe señalarse, para evitar estereotipos desviados y socialmente dañinos, que esta violencia no solo es cometida por hombres disueltos, enfermos mentales, drogadictos, migrantes, personas que viven en los límites de la sociedad, sino también por individuos llamados "normales" (Mitchell et al., 2022). En muchos países, las mujeres jóvenes son víctimas de matrimonios forzados, matrimonios reparadores y/o son forzadas a la esclavitud sexual, mientras que otras son forzadas a la prostitución forzada. Otras formas de violencia son la mutilación genital femenina u otros tipos de mutilación, como el estiramiento de los senos, las muertes por dote, la guerra y la violación étnica. El fenómeno está asumiendo dimensiones globales y no basta con buscar sus causas en la frustración masculina, en la falta de realización personal del hombre, en las dificultades en el trabajo o en la vida, en la insatisfacción, sino que debemos profundizar para buscar las causas en la falta de reconocimiento de la identidad de la mujer por

parte de los hombres y en la falta de igualdad de derechos entre hombres y mujeres. en negar a las mujeres la oportunidad de realizarse y decidir de acuerdo con lo que creen que es mejor para ellas (Sjöholm, 2017).

En el Perú, país con una fuerte tradición machista y esquemas culturales atávicos muy arraigados, la violencia contra la denominada “mujer rural” es una forma recurrente, sobre todo en la sierra y la Amazonía (Observatorio-Nacional, 2019), debido principalmente a las condiciones de vida, el aislamiento geográfico en el que se encuentran este tipo de familias, considerando el factor de la dependencia económica, social y cultural y de las condiciones de extrema pobreza en el que se encuentran inmersas. De acuerdo a CEIC (2019), la cual toma la Encuesta de ENDES 2017, la violencia contra la mujer rural se da en un 59.6% versus el 48% de la mujer de la zona urbana. A este deprimente escenario hay que agregar que, el consumo de alcohol por parte de los varones de las zonas rurales es del 20.3% en comparativa con el 13.6 de las zonas urbanas, lo que refleja cuan exacerbado es este factor detonante de la violencia en dichos sectores.

Todos estos argumentos determinan la necesidad de construir un análisis más profundo sobre esta problemática y, dentro de ese contexto, enfocarnos a uno de los aspectos poco tratado por quienes han diseñado las políticas públicas para hacer frente al fenómeno de la violencia contra la mujer, el cual está relacionado con el tratamiento psicológico de las víctimas desde el momento mismo de la denuncia policial, es decir, que el Estado tiene el deber de intervenir y afrontar la protección de la víctima, no solo desde el aspecto del ejercicio de los procedimientos de protección y tutela, sino que también debe desplegar los mecanismos necesarios para salvaguardar la salud psicológica de las mujeres víctimas de actos de violencia.

2. DEFINICIONES DE VIOLENCIA: ENTRE FORMALIDADES Y SUBJETIVIDADES

Artículo

La percepción de urgencia y la necesidad de romper con la banalización de la violencia contra las mujeres ha traído varios debates sobre el fenómeno de la violencia, sus definiciones y tipificaciones jurídicas. De las normas que han sido redactados, destacamos dos convenciones internacionales sobre derechos humanos mujeres, de las cuales el Perú es signatario. Estos son: la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de todas las formas de discriminación contra la mujer CEDAW (Naciones Unidas, 1979) y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra las mujeres, conocida como la Convención de Belém do Pará (OEA, 1994).

La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer fue el primer tratado internacional específico sobre los derechos de la mujer que se basó en las convenciones internacionales de derechos humanos para reafirmar la obligación de los Estados de garantizar a hombres y mujeres el disfrute igual de todos derechos económicos, sociales, culturales, civiles y políticos. La Convención trata de la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer en las esferas políticas, económicos, sociales, culturales y civiles (ONU 1979).

La Convención de Belém do Pará, a su vez, aborda la cuestión de violencia cometida contra la mujer al presentar, por primera vez, una definición de "*Cualquier acto o conducta basada en el género que cause la muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico de las mujeres, tanto en la esfera pública como en la esfera privada*", OEA, 1994, Art. 1°. La Convención también se destaca por afirmar que dicha violencia constituye violaciones de los derechos humanos y las libertades fundamentales y los fuertes obstáculos a la aplicación de la isonomía, el ejercicio pleno de la ciudadanía, el desarrollo socioeconómico y la paz social. Aunque signatario de estos convenios y de la propia Constitución de 1993 para afirmar que todos, hombres y las mujeres, son iguales ante la ley (Art. 2.2) y que la dignidad de la persona humana es una principio fundamental para el país (Art. 2.1).A esto se aúna la Ley 30360, Ley para prevenir,

sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres, la cual fue promulgada dentro del marco jurídico señalado y que ha introducido una serie de mecanismos jurídicos destinados a frenar y sancionar la violencia contra las mujeres desde diversos contextos, sea dentro de la propia familia, en el trabajo o cualquier otro posible escenario donde se manifieste (Plácido, 2020).

Su estructuración puede ser entendida desde tres ejes principales de medidas de intervención: penal, de la protección de los derechos y la integridad física de la mujer y de la prevención y educación. El derecho no pretende actuar sólo en el ámbito jurídico, sino integrarlo en la formulación de políticas públicas de género, que también involucran seguridad pública, salud, asistencia social y educación (Plácido, 2020). Por lo tanto, la Ley 30364 aporta grandes innovaciones legales y procesales para abordar la complejidad de la violencia contra la mujer. Su objetivo es promover cambios legales, políticas y culturas que afirmen los derechos humanos de las mujeres y superen una larga tradición social y jurídica que niega tales derechos (Saravia, 2017).

Entre las especificidades e innovaciones aportadas por la ley, pretendemos reflexionar sobre la definición y tipificación de la violencia. La configuración mostrada es muy similar a la de la Convención de Belém do Pará (OEA, 1994), incluyendo únicamente el alcance del daño moral o patrimonial que un acto de violencia puede generar. Sin embargo, en las especificaciones sobre los tipos de violencia, que hemos identificado un gran diferencial traído por la Ley. Considero que, al describir en detalle las modalidades de violencia y los distintos enfoques de la misma, la Ley contribuye a una comprensión más amplia y profunda de la violencia contra la mujer.

La definición de violencia psicológica se encuentra en el Art. 8, literal B de la Ley 30364, la cual textualmente se refiere a: “Art. 8, (...) B) *Violencia psicológica. es la acción o conducta, tendiente a controlar o aislar a la persona contra su voluntad, a humillarla o avergonzarla y que puede ocasionar daños psíquicos*”. En el segundo

Artículo

párrafo de la referido literal “B”, se amplía con el concepto de “daño psíquico”, definiéndolo como: *“Daño psíquico es la afectación o alteración de algunas de las funciones mentales o capacidades de la persona, producida por un hecho o un conjunto de situaciones de violencia, que determina un menoscabo temporal o permanente, reversible o irreversible del funcionamiento integral previo”*. Al respecto Bandelli (2017) afirma que la violencia psicológica impacta en la salud emocional, autoestima y desarrollo humano pleno, basado en conductas como el control, amenaza, vergüenza, persecución contundente y humillación. Estimo que esta definición clarifica con especificidad la violencia psicológica contra la mujer, que es lo que constituye el objeto de análisis de la presente comunicación.

No obstante, mientras el orden social y jurídico se ocupa de regular la cuestión de la violencia en términos de conducta en las relaciones interpersonales, hay una singularidad cómo cada mujer, pareja y/o familia define el tema. En este sentido, Safranoff (2017) problematiza que: *“la ruptura de la integridad como criterio para evaluar un acto como violento está situado en el terreno de la individualidad. Esto equivale a decir que la violencia, entendida de esta manera, no encuentra lugar ontológico. Fundamentalmente por esto, se prefiere trabajar con el concepto de derechos humanos, entendiendo violencia toda agente capaz de violarlos. (pág. 84)*

De esta manera, concuerdo con Safranoff (2017) sobre la necesidad de ampliar nuestra comprensión de la violencia en su relación con los derechos humanos. A pesar de la importancia de las definiciones legales sobre la violencia, para comprender mejor e intervenir en el tema, es esencial mantener la perspectiva La violencia contra la mujer como violación de los derechos humanos, derechos que son resultado de importantes logros políticos e históricos de la sociedad y, más específicamente, cuando hablamos de hacer frente a toda forma de violencia contra las mujeres.

3. DIVERSAS FORMAS DE VIOLENCIA CONTRA LA MUJER

Existe violencia doméstica ejercida principalmente en la familia o en el círculo de conocidos, a través de amenazas, abuso físico y psicológico, actos persecutorios, acecho, golpizas, abuso sexual, asesinatos por honor, uxoricidas pasionales o premeditados (Shannon, 2009). Una forma particular de violencia familiar, como subraya Ramos-Ríos (2018), es la violencia económica, que consiste en el control del dinero por parte de la pareja, la prohibición de realizar actividades laborales fuera del entorno doméstico, el control de la propiedad y la prohibición de cualquier iniciativa independiente de los bienes de la mujer. La violencia en la familia no ocurre solo contra los adultos, sino también con el abuso sexual de menores que, involucrados en la relación sexual, no son capaces de comprender el significado de lo que se les hace. El menor no está en condiciones de comprender las graves consecuencias a las que estará expuesto, porque en estos casos la víctima solo puede percibir ser objeto de atención especial por parte del abusador en comparación con los demás miembros de la familia, por lo que vive esta condición como un pesado secreto, que produce un trauma disociativo que dificulta los procesos de integración y crecimiento del menor (Skinner, 2017).

El abuso sexual intrafamiliar ocurre principalmente en hijas por figuras masculinas de la familia (padres, abuelos, tíos, amigos que gozan de gran consideración y confianza de la familia) y estos abusos, de los cuales las niñas y adolescentes son víctimas, pueden alcanzar la violencia extrema del incesto. El maltrato familiar suele llevarse a cabo con estrategias de manipulación y violencia psicológica directa o indirecta, con estrategias de seducción. El vínculo incestuoso con la hija mantiene al padre a salvo de su propia fragilidad, del miedo a enfrentarse en pie de igualdad con una mujer adulta; También le permite utilizar esta relación incestuosa para afirmar su autoridad sobre la familia y su poder sobre las mujeres, eligiendo a las más débiles y dependientes para dominarla por completo. A partir de la destrucción psicológica de una hija, el padre adquiere una sensación emocional egocéntrica y separada de un intercambio afectivo real y esto a menudo resulta en

Artículo

comportamientos posesivos y celos patológicos que también se manifiestan con un marcado dirigismo sobre la vida externa de la hija (Bueno y Lopes, 2018).

En el Perú, lo más estudiado ha sido la violencia física y sexual contra las mujeres. Por ejemplo, se han identificado los factores de riesgo en la población nacional (...) Se ha explorado la experiencia de mujeres en hogares refugio (...) la asociación entre violencia física y segregación (...), entre otros. Estudios recientes han provisto información relevante sobre agresores sexuales contra mujeres (...) y contra menores de edad (Hernández-Breña, 2019, p. 10).

Rodríguez-Vásquez et al. (2019) nos menciona de nuevos tipos de violencia como la que se está extendiendo en la Red con formas de grooming que están fuera del control parental y dificultan la intervención de la policía postal debido al uso incontrolado de Internet, donde las adolescentes o preadolescentes publican en las redes sociales sus imágenes con ropa escasa o incluso muestran su desnudez a amigos y compañeros. Intercambian fotos íntimas por un sentido mal entendido de libertad sexual. Desafortunadamente, estos perfiles son abiertos y permiten la entrada de extraños o incluso ciber maníacos, que proceden a formas de grooming que resultan en encuentros peligrosos, que desencadenan amenazas y chantaje sexual. A veces niñas menores de edad o incluso adultos jóvenes realizan relaciones sexuales con su pareja frente a una cámara y cuando se interrumpe la relación las imágenes terminan en la red y se convierten en objeto de chantaje psicológico por parte de su ex o de desconocidos con formas de persecución que pueden resultar con preocupante frecuencia en suicidios de chicas aterrorizadas por el hecho de que esos videos pueden circular por la web.

También hay violencia en el lugar de trabajo, donde las mujeres están expuestas al abuso sexual y al chantaje. Es una opresión muy subestimada en sus manifestaciones físicas y sexuales que van desde una forma de machismo suave basado en

bromas, ofertas de protección, intentos de seducción, hasta violencia física y todo tipo de acoso sexual. Hay formas de abuso psicológico que pasan a formar parte de las relaciones laborales y que terminan siendo consideradas como inevitables, al tiempo que provocan un estado de impaciencia y malestar en las mujeres que se sienten consideradas como un objeto, cargadas de responsabilidades excesivas y temores con amenazas vagas o manifiestas. Muchas mujeres víctimas de este acoso sufren de trastornos psicológicos y físicos de diversa índole, trastornos de carácter, porque mantener un estado constante de vigilancia termina comprometiendo el equilibrio psicofísico, o lleva a aceptar la violencia como normal o incluso necesaria para mantener el trabajo o para hacer una carrera.

4. LOS PATRONES DE LA VIOLENCIA

De acuerdo a Hernández-Breña (2019), existen un conjunto de patrones de victimización y para dar sustento a su argumento, invoca los estudios de Michael Johnson, Albert Roberts y Beverly Roberts. Todos estos trabajos se realizaron en EE.UU., lo que si bien, no los invalida, los limita en cuanto a que no se toman aspectos antropológicos, sociológicos y culturales propios de nuestra realidad latinoamericana. El primer patrón se enmarca en lo que se denomina "violencia común de pareja", la que en términos de Johnson es compartida por ambas partes, no teniendo interés de establecer un control de uno sobre otro y, por tanto, carece de significancia y mucho menos, evidencia una naturaleza patriarcal significativa. Sin embargo, en el lado opuesto, se encuentra lo que Johnson denominó "terrorismo patriarcal". Este tipo de patrón no es común, y lo ejercen los hombres con un claro propósito de ejercer control sobre su pareja. Se caracteriza por ser desarrollar acciones agresivas frecuentes y a escalar en cuanto a su intensidad. poco frecuente, evidenciando un objetivo claramente definido de ejercer control (Hernández-Breña, 2019).

Los otros dos patrones identificados por Johnson, también son infrecuentes, teniendo el patrón de violencia mutua, en donde

Artículo

ambos miembros de la pareja se agreden en un espiral que puede escalar a niveles intensos. Por último, está el denominado "patrón de resistencia violenta", que se presenta cuando son las mujeres la que responden violentamente a las situaciones agresivas de sus parejas. En el estudio de Roberts y Roberts se identificaron cinco patrones de victimización basados principalmente en el tiempo de duración de la relación de pareja. Así, por ejemplo, se tiene la violencia de corto plazo y que guarda relación estrecha con las relaciones cortas de parejas jóvenes. Se interrumpen abruptamente porque la víctima se retira de la relación como respuesta inmediata ante las constantes agresiones. El segundo patrón llamado "violencia intermedia" también guarda relación con el tiempo de duración de la convivencia. Por lo general tienen un final abrupto debido la violencia presente y en el que la víctima es apoyada por la familia, amigos o por las propias autoridades. Se trata de una violencia que va escalando en su intensidad, de leve a grave. El tercer grupo identificado por Roberts y Roberts se sitúa en aquellas parejas que mantienen una relación prolongada y que presenta intermitencias en cuanto a sus episodios; largos periodos de tranquilidad son de pronto interrumpidos, por periodos de agresiones y violencia. Se presenta en hogares donde la pareja por lo general ya tiene hijos. El cuarto grupo identificado, es denominado como de "violencia crónica y predecible". Se caracteriza por presentar episodios recurrentes, lo que deriva en una cuestión de cronicidad. Existe previsibilidad en la aparición de los episodios de agresión. Puede estar involucrado el consumo de alcohol y estupefacientes como factores detonantes. El quinto y último patrón, es el denominado "violencia homicida" y tiene que ver con la respuesta homicida a la que escala la reacción de la víctima como respuesta a la violencia crónica que su pareja ha ejercido sobre ella. Por esta razón se dice que se trata de una violencia ejercida por mujeres contra hombres (Hernández-Breña, 2019).

5. LA VIOLACIÓN NO ES SÓLO UN DELITO GRAVE

Entre las formas más graves de violencia contra las mujeres está la violación, una práctica masculina implementada desde la

antigüedad por los vencedores sobre las mujeres de los vencidos, durante las guerras desde la Edad Antigua hasta el presente, convirtiéndose en la forma más abyecta de violencia, porque coloca a la mujer en una condición de absoluta incapacidad para defenderse tanto cuando la violación es cometida por un grupo o por una sola persona con el uso de la fuerza física, el alcohol o las drogas que debilitan la voluntad de reacción del sujeto femenino. Más allá de posibles razones psicológicas o sociales, siempre nos enfrentamos a un delito que debe ser castigado con la mayor severidad sin caer en justificaciones sobre una posible provocación, formas de vestimenta, actitudes de seducción por parte de la mujer, formas presuntas y no probadas de consentimiento (Pandey y Reddy, 2020).

En el Perú, las violaciones sexuales contra mujeres adultas y niñas fue una práctica muy común ejercida por las huestes de Sendero Luminoso en la década de los 80 del Siglo pasado. De esta manera, la violación se convirtió en una arma de guerra para coaccionar e intimidar a las mujeres por parte de los grupos subversivos, tal como lo certifican las conclusiones a las que llegó la Comisión de la Verdad y la Reconciliación, luego de un exhaustivo proceso investigativo que involucró el testimonio de decenas de víctimas (Canchari, 2016).

En la base de la violación está la creencia de que reduce a la mujer a un objeto, a un instrumento de disfrute, a un trozo de carne destinado a satisfacer los apetitos sexuales del varón en una sociedad que favorece el desencadenamiento de fantasías sádico-agresivas, la regresión del individuo a un animal desinhibido. Según Osborne (2009), uno de los hallazgos más importantes en la última década sobre los violadores es que para estos individuos, que no son en absoluto hipersexuales, la violación es más una manifestación de fuerza, abuso e ira que de deseo sexual. Cabe señalar que la mayoría de los abusadores no sufren del problema de no tener una pareja sexual disponible. Esto no significa que la violación no tenga connotaciones o motivaciones sexuales; pero en la mayoría de los casos los componentes de la agresión son tan predominantes que eclipsan el aspecto sexual de la acción (Weber, 2013).

6. LAS CARACTERÍSTICAS DE LA VIOLENCIA MACHISTA

La violencia machista en las expresiones más dramáticas (palizas, violaciones, asesinatos) no es un fenómeno socialmente aislado. Surge en un sistema de relaciones muy amplio y capilar que concierne a la organización social de las relaciones entre los sexos, en formas de sexismo que colocan al varón en una condición dominante, en la tendencia a ocultar la violencia o a reconocerla solo en grupos sociales considerados social y económicamente inferiores (Burt, 2021). La violencia sexual no sólo se refiere al asesinato de una mujer por un hombre ("femicidio"), sino también al juicio estético y moral sobre los cuerpos y elecciones de las mujeres, el condicionamiento psíquico, las prácticas de negación y control, las amenazas, los insultos, las ofensas ante los ojos de todos y durante largos períodos de tiempo. Echeburúa (2019) informa que, una forma particularmente dramática de violencia es el uso de ácido contra las mujeres para deformar su apariencia física, para borrar su belleza y gracia, porque la lógica perversa de la cicatrización no es solo un castigo, sino que también es una forma de afirmar la posesión de uno para evitar que una mujer pueda unirse a otras, porque se piensa que desfigurar el cuerpo de la mujer puede quitarle todo valor. Que cualquier posibilidad de afirmación en la sociedad sea una condena al borrado social.

La violencia machista en las expresiones más dramáticas (palizas, violaciones, asesinatos) no es un fenómeno socialmente aislado, sino que surge en un sistema muy amplio y extendido de relaciones que concierne a la organización social de las relaciones entre los sexos, lo que justifica formas de sexismo destinadas a colocar al varón en una condición dominante, a consolidar la tendencia a ocultar la violencia o a reconocerla solo en grupos sociales considerados social y económicamente inferiores. De esto deriva, incluso en el universo mental femenino, esa introyección inconsciente de las estructuras androcéntricas sobre las que se ha construido el poder masculino a lo largo del tiempo, según paradigmas culturales y esquemas de valores que se transmiten a las generaciones posteriores y que contribuyen a consolidar y

perpetrar el sistema social dominante (Western, 2013). Esta asimilación/internalización de la dominación masculina como elemento adquirido es una de las causas que producen y fortalecen la inclinación a la subordinación y sumisión sobre la que descansa la "mitología androcéntrica" que antaño tuvo sus fundamentos en la hegemonía patriarcal ejercida en la familia y que sigue presente, con las diferencias culturales necesarias, en diferentes ámbitos geopolíticos. Por lo tanto, es necesario desenmascarar ideológicamente aquellos mecanismos conceptuales que transforman una arbitrariedad cultural en una condición natural que parte de las diferencias biológicas entre el hombre y la mujer para llegar a una construcción social colocada en la base de una división arbitraria de los dos sexos (Hebert, 2015).

Ahora bien, no basta con considerar la violencia masculina contra las mujeres sólo un delito que debe ser castigado con penas severas, porque es necesario situar el fenómeno dentro de un contexto social y cultural para avanzar en términos de educación y construcción de nuevos modelos culturales. De esta manera sería posible dismantelar ciertos estereotipos que son un legado del pasado y carecen de cualquier fundamento científico: el mito masculino de la virilidad, según el cual las mujeres desean, más o menos conscientemente, ser poseídas por la violencia y pueden inducir a la violencia, provocando la reacción masculina a través de su vestimenta o actitudes acogedoras; la reducción de la sexualidad a la genitalidad, que reduce a la mujer de un "sujeto" sexual a un "objeto" sexual; Desensibilización a la inmoralidad y la violencia, que implica una pérdida progresiva de la resistencia moral. Para evitar que el problema de la violencia contra las mujeres permanezca al margen de la sociedad, para poner en juego la forma de ser en el mundo de los hombres, para cambiar las representaciones que los hombres tienen de sí mismos y de las mujeres, es necesario recurrir a la prevención: cuando se ve que en la relación de pareja, en la relación familiar,

En el caso de la violencia sexual, la batalla cultural debe pasar por la educación en sexualidad y amor, para valorar el encuentro

Artículo

entre los sexos como un encuentro entre diferencias. Este tipo de formación no puede prescindir de una educación para respetar al otro, de la convicción de que la exigencia de amor nunca puede coincidir con la sorpresa y la aniquilación de la libertad del otro, sino como un don de libertad. La forma más elevada de amor es amar la libertad de la pareja, amar su diferencia de la cual la mujer es el símbolo. Aquellos que eligen el camino de la violencia, prefieren "el dominico ciego al riesgo de exposición, la afirmación narcisista del falo al encuentro con la alteridad de un cuerpo, como el femenino, hecho de secretos. Si el amor es siempre un salto al vacío es porque implica la renuncia a hacer del otro nuestra propiedad, la renuncia a la violencia como solución (imposible) al problema de la libertad.

7. LA NECESIDAD DE TRATAMIENTO PSICOLÓGICO DE LAS AGRAVIADAS

Los efectos a largo plazo en la salud mental de la violencia contra la mujer ahora han sido bien documentados. Del mismo modo, se ha reconocido el trauma adicional que experimentan muchas víctimas cuando eligen ayudar a las autoridades a procesar un caso penal contra su agresor cuando se han presentado lesiones graves principalmente. En ese contexto, Sarkar, (2008) afirma que las víctimas no tienen más remedio que participar en una variedad de procesos legales si desean obtener seguridad a través de órdenes de protección, resolver problemas relacionados con los hijos y finalizar disputas respecto a bienes patrimoniales que pudieren estar involucrados. Como resultado, después de los actos de violencia, las víctimas a menudo participan en múltiples procedimientos a la vez, lo que, aunado a las secuelas psicológicas experimentadas por los actos violentos de su agresor, elevan el estrés emocional y la ansiedad, afectado notoriamente su salud mental y bienestar.

Si bien el asesoramiento y la información legal, así como el apoyo de las instituciones Ad-Hoc para atender a las víctimas de violencia contra la mujer, pueden considerarse una forma de búsqueda de ayuda, las distintas investigaciones al respecto

sugieren que el compromiso con los procedimientos legales puede mejorar los resultados negativos de salud mental para las personas que han experimentado un trauma. Varios estudios han explorado el efecto del compromiso legal en la salud mental. Por ejemplo, Adinew et al. (2018); DeHart y Iachini, (2019) y Mitchell et al. (2022) evaluaron a pacientes con trauma y encontraron que las víctimas de violencia doméstica (incluida la búsqueda de asesoramiento legal y de medidas de protección) eran predictores independientes significativos de síntomas duraderos de Trauma Post Traumático.

Las víctimas necesitan reconocimiento y apoyo social; los tribunales les exigen que soporten un desafío público a su credibilidad. Las víctimas necesitan establecer un sentido de poder y control sobre sus vidas; el actual marco legal les exige que se sometan a un complejo conjunto de normas y procedimientos que pueden no entender y sobre los que no tienen control. Las víctimas necesitan una oportunidad para contar sus historias a su manera, en un entorno de su elección. Las víctimas a menudo necesitan controlar o limitar su exposición a recordatorios específicos del trauma; sin embargo, los procedimientos les exige que revivan la experiencia confrontando directamente al perpetrador (Vázquez et al., 2010).

8. LA NECESIDAD DE TRATAMIENTO PSICOLÓGICO DE LAS AGRAVIADAS DESDE EL ACTO DE LA DENUNCIA POLICIAL

Los factores de riesgo de violencia doméstica, como el mal estado socioeconómico de las mujeres, el bajo nivel de educación, el uso de alcohol y sustancias psicoactivas por parte de la pareja, la falta de apoyo social genera el marco ideal en el que se desarrollan diversos tipos de conductas agresoras, que van desde la violencia psicológica hasta la violencia física, terminando en algunos casos, en los denominados “comportamientos feminicidas” que terminan por asesinar a la víctima.

Artículo

Desde la perspectiva teórica, de acuerdo a la teoría de Pluchik, las emociones según los rasgos de personalidad, son el resultado de situaciones permanentes que producen emociones encontradas. Así, las mujeres víctimas de violencia muestran resultados más altos que los normativos, en las dimensiones de dos emociones negativas, privación / depresión y agresión / destrucción. En la escala de privación indican tristeza, depresión, pesimismo, ansiedad y privación social. La privación se asoció significativamente negativamente con dos dimensiones positivas de las emociones, la reproducción y la incorporación, y se asoció positivamente con la dimensión de la agresión. Esto significa que la sociabilidad, la alegría, la apertura, la calidez, la confianza, la aceptación y la voluntad de cooperar son menos prominentes en las mujeres que han tenido experiencias traumáticas. La privación y la agresión se asocian positivamente con la frecuencia del abuso psicológico, sexual y general. Sjöholm (2017) en un estudio realizado en un grupo de mujeres víctimas de violencia recurrente, se halló manifestaciones depresivas, psicóticas y psicopáticas. Bervian et al. (2019) encontraron la conexión de la depresión y la ansiedad con el grado de extraversión y neuroticismo, y que los rasgos de personalidad de las mujeres maltratadas tienen un impacto en su salud mental.

Un resultado significativamente mayor en la dimensión de agresión en mujeres víctimas de violencia doméstica indica que la ira, la furia, la impulsividad, la penderciera y la expresión de insatisfacción debido a la frustración están presentes. Estos rasgos de personalidad pueden estar asociados con la victimización de las mujeres, pero también pueden ocurrir como consecuencia de la exposición crónica a situaciones traumáticas. Da Fonseca et al. (2009) afirmaron que las mujeres víctimas de violencia de pareja tienen síntomas de trastornos de personalidad como esquizoide, evitativo, antisocial, narcisista, agresivo, pasivo-agresivo y cómo más trastornos de personalidad que las mujeres que no fueron abusadas. La agresión como consecuencia de la violencia doméstica

a menudo está presente y la víctima puede dirigirla hacia sí misma y hacia los demás.

El retraimiento, el aislamiento social y la destrucción se pueden observar como estrategias de afrontamiento negativas que pueden tener resultados psicológicos negativos con cambios en la estructura de la personalidad, como consecuencias. Se producen cambios en la estructura de la personalidad de las mujeres víctimas de violencia doméstica, al igual que los cambios de personalidad en otras personas traumatizadas. Hay varios estudios que sugieren que el trauma crónico puede conducir al cambio de los rasgos psicológicos de la personalidad, como el aumento de la agresión, la depresión, la desconfianza, la alienación, la tendencia al retraimiento y el aislamiento, la autoprotección deteriorada y la mala integración social. Las consecuencias psicológicas de la violencia pueden incluir la modificación permanente de la personalidad y la aparición de rasgos de personalidad inadaptados como la hostilidad, la dependencia emocional, la falta de confianza que pueden afectar el funcionamiento de la persona. Estos cambios de personalidad pueden ser una condición crónica y pueden tener como consecuencia la aparición de un trastorno de estrés posttraumático complejo u otros trastornos mentales (Parti et al., 2022).

Por otro lado, diversos estudios han analizado el papel de los rasgos de personalidad de las mujeres víctimas de violencia, las relaciones de pareja y las estrategias de afrontamiento en la violencia doméstica y en las mujeres que permanecen en relaciones abusivas. Por ello, ante la evidencia inmediata de que una mujer está siendo víctima de actos de agresión por parte de su pareja, debe generar una respuesta inmediata de parte de las instituciones dedicadas a tutelar su integridad física y mental. Ello implica que, con la sola denuncia del hecho criminal que viene desarrollándose en su contra, ya determina la necesidad inmediata de atender su salud psicológica y con ello, buscar la atenuación de los efectos post traumáticos experimentados por la víctima, más aún si hay hijos de por medio. En ese contexto, dentro de las diligencias más urgentes se encuentran las declaraciones, reconocimiento médico legal,

Artículo

evaluación psicológica, y otros, así como la evaluación psicológica que se solicita a Medicina Legal teniendo en cuenta la Guía de Evaluación Psicológica Forense de acuerdo al PRINCIPIO DE INTERVENCIÓN INMEDIATA Y OPORTUNA

Al respecto, hay que enfatizar que no solo se debe solicitar la evaluación psicológica para diagnosticar la sintomatología actual de la víctima, con la finalidad de determinar si es un delito o una falta con fines de continuar con la investigación y a una posible sanción de acuerdo al artículo 122-B del Código Penal, sino también con fines de tratamiento pues, desde el momento que la agraviada presenta la denuncia a nivel policial, es imprescindible el accionar de la Unidad de Víctima y Testigos del Ministerio Público- (UDAVID), el Centro Emergencia Mujer (CEM), a fin de que puedan trabajar a la par con el fiscal de turno con fines de tratamiento psicológicos a los agraviados, ya que luego de denunciar, muchas veces las víctimas cumplen solo con acudir a Medicina Legal para su evaluación, más no reciben el tratamiento Psicológico que dispone el Juez de Familia en sus medidas de protección con el objetivo de tratar el evento traumático sufrido.

En ese sentido, también hay que precisar que, cuando estos eventos suceden en provincia, los centros de salud mínimamente cumplen con lo dispuesto, siendo el tratamiento de la salud mental de las víctimas, el que menos se cumple, generando con ello un grave descuido al no abordarse debidamente el apoyo psicológico que es de mucha importancia para el abordaje de la violencia contra la mujer, tanto es así, que muchas mujeres denuncian más de una vez los actos de agresión a los que están sometidas, dado que, al no recibir el tratamiento adecuado, no pueden recuperarse emocionalmente de las primeras agresiones regresando en la mayoría de los casos con sus agresores. Existen, instituciones como las ya mencionadas que pueden trabajar conjuntamente con el fiscal de turno para realizar esa labor de evaluación psicológica con fines de diagnóstico y tratamiento de las víctimas.

9. CONCLUSIONES

En atención a la problemática diagnosticada, advertimos que el tratamiento psicológico para la víctima de violencia, es ineludible y de atención prioritaria, lo cual requiere de la participación de los diversos estamentos del Estado, tales como: 1) El Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses del Ministerio Público, para implementar las guías y protocolos para la actuación científico forense, uniformizando los criterios de atención y valoración; 2) El Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, que deberá promover los programas de prevención, atención y recuperación de la violencia contra las mujeres e integrantes del grupo familiar, cuanto más si se encuentran en situación de vulnerabilidad; 3) El Ministerio de Salud, con la finalidad de otorgar atención gratuita, célere y de calidad para lograr la recuperación integral de la salud física y mental, que incluya el tratamiento psicológico y psiquiátrico de la víctima; 4) El Ministerio del Interior, para garantizar la permanencia en las Comisarias, especialmente en las secciones de Violencia contra la Mujer y los miembros del Grupo Familiar de personal especializado y sensibilizado con este tema, para actuar decidida y proactivamente para la realización inmediata de la evaluación psicológica cuando sea dispuesto por el Juez de Familia o Fiscal Penal o Mixto;

El fenómeno de la violencia contra las mujeres está muy extendido, aparece en diferentes situaciones y diferentes formas y manifestaciones. La forma más común de violencia contra las mujeres es la violencia doméstica o la violencia de pareja, que aparece en diferentes prevalencias en todo el mundo. Durante las últimas más de tres décadas, la preocupación general debido a la creciente incidencia de la violencia doméstica está aumentando.

El perfil emocional y los rasgos de personalidad, no solo del abusador, sino también de la víctima, son un factor importante en la comprensión de la dinámica de la violencia doméstica, la detección, la planificación de la prevención y el tratamiento. De acuerdo con los resultados obtenidos en esta investigación, se puede concluir que las mujeres víctimas de violencia doméstica tienen

Artículo

dimensiones emocionales significativamente más intensas de privación y agresión que las mujeres que no fueron abusadas. La prominencia de las emociones negativas puede ser un factor de riesgo para los trastornos de salud mental y para la revictimización de las mujeres víctimas de violencia doméstica, así como un obstáculo para buscar ayuda y para los resultados de los procedimientos terapéuticos.

Frente a esta realidad, se hace imprescindible que se optimicen las políticas públicas orientadas a mejorar la atención de las mujeres víctimas de violencia a través de una atención psicológica inmediata, dado que la condición de abuso y maltrato recurrente a las que puedan estar sometidas, exige protocolos de acción inmediata a fin de empezar a atenuar los efectos negativos a los que están sometidas en su condición de víctimas.

10. RECOMENDACIONES

El Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, debe priorizar la empleabilidad a aquellas víctimas de violencia para su incorporación en el mercado de trabajo, como una forma de contribuir con su tratamiento terapéutico; y, el Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social, deberá incluir a personas afectadas por la violencia en los programas sociales de apoyo como parte de su recuperación y demás entes públicos y privados comprometidos con el esfuerzo de erradicar la violencia contra la mujer y los integrantes del grupo familiar.

Se debe adoptar medidas urgentes para lograr la finalidad de la Ley N.° 30364 y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 009-2016-MIMP, tanto en el plano preventivo, represivo y sancionatorio, de cara a lograr la recuperación integral de víctima y agresor, teniendo como eje central a la persona como fin supremo de la sociedad y del Estado.

Se debe fortalecer las coordinaciones interinstitucionales respecto a las políticas públicas para prevenir, sancionar y erradicar

la violencia contra la mujer y los integrantes del grupo familiar, continuando con programas de capacitación en esta materia para los operadores integrantes del sistema de justicia, a fin de lograr que realicen su labor con perspectiva de género; y conforme al literal d) del artículo 7 de la Convención De Belem Do Pará “*adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad*”.

Por último, en aplicación de las políticas públicas generadas como consecuencia del compromiso asumido en la Convención De Belem Do Pará (literal d) y f) del artículo 8 de dicha Convención), la atención estatal de las víctimas de violencia contra la mujer, requieren de una atención psicológica a las agraviadas, que permita su pronta recuperación y reestructuración de estereotipos, pues la labor del Estado no debe cesar con la sola sanción al agresor, sino que también debe buscar la recuperación integral de la agraviada.

11. REFERENCIAS

- Adinew, Y. M., Mekete, B. T. y Adinew, Y. M. (2018). Testimony of an Ethiopian girl sexually assaulted by her stepfather: A case report. *Journal of Medical Case Reports*, 12(1). <https://doi.org/10.1186/s13256-018-1777-x>
- Bandelli, D. (2017). *Femicide, gender and violence: discourses and counterdiscourses in Italy*. http://lib1.org/_ads/72B269291883F618DD8600701818EC5E
- Bervian, G., da Costa, M. C., da Silva, E. B., Arboit, J. y Honnef, F. (2019). Violence against rural women: Conceptions of professionals in the intersectoral network of care . *Enfermeria Global*, 18(2), 144–179. <https://doi.org/10.6018/eglobal.18.2.324811>
- Bueno, A. L. M. y Lopes, M. J. M. (2018). Rural women and violence: Readings of a reality that approaches fiction. *Ambiente e Sociedade*, 21. <https://doi.org/10.1590/1809-4422asoc170151r1vu1811ao>
- Burt, J.-M. (2021). The justice we deserve: War crimes

Artículo

- prosecutions in guatemala. *Latin American Research Review*, 56(1), 214–232. <https://doi.org/10.25222/larr.776>
- Canchari, R. (2016). La mujer y el impacto diferenciado de la violencia en el contexto del conflicto armado interno peruano. En *IEEE*. https://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_opinion/2016/DIEEEO62-2016_Mujer_Violencia_ConflictoPeruano_Canchari.pdf
 - CEIC. (2019). *Los feminicidios y la violencia contra la mujer en el Perú, 2015-2018*. https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1659/Libro.pdf
 - da Fonseca, R. M. G. S., Leal, A. E. R. B., Skubs, T., Guedes, R. N. y Egry, E. Y. (2009). Domestic violence against women from the perspective of the community health agent. *Revista Latino-Americana de Enfermagem*, 17(6), 974–980. <https://doi.org/10.1590/s0104-11692009000600008>
 - DeHart, D. y Iachini, A. L. (2019). Mental Health & Trauma among Incarcerated Persons: Development of a Training Curriculum for Correctional Officers. *American Journal of Criminal Justice*, 44(3), 457–473. <https://doi.org/10.1007/s12103-019-9473-y>
 - Echeburúa, E. (2019). On the role of gender in intimate partner violence against women. Comment to Ferrer-Pérez & Bosch-Fiol, 2019. *Anuario de Psicología Jurídica*, 29(1), 77–79. <https://doi.org/10.5093/apj2019a4>
 - Hebert, L. A. (2015). “Women Run the Show”?: Gender Violence Reform and the “Stretching” of Human Rights in Rwanda. *Journal of Human Rights*, 14(1), 23–40. <https://doi.org/10.1080/14754835.2014.886944>
 - Hernández-Breña, W. (2019). Introducción: La necesidad de un doble plural. En *Violencia contra las mujeres: la necesidad de un doble plural* (p. 477). GRADE.
 - Lídice, R. (2019). *Violencia contra la mujer y maltrato familiar*. J.B. Bosch.
 - Mitchell, M., McCrory, A., Skaburskis, I. y Appleton, B. (2022). Criminalising Gender Diversity: Trans and Gender Diverse People’s Experiences with the Victorian Criminal Legal System. *International Journal for Crime, Justice and Social Democracy*, 11(2). <https://doi.org/10.5204/ijcjsd.2225>
 - Observatorio-Nacional. (2019). *Mujeres rurales en el Perú*:

- población vulnerable a la violencia*. El Observatorio Informa. <https://observatorioviolencia.pe/desigualdad-y-violencia-hacia-las-mujeres-rurales-en-el-peru/>
- OMS. (2019). *Según un informe de las Naciones Unidas, las cifras de supervivencia materno-infantil son más elevadas que nunca*. Comunicados de prensa. <https://www.who.int/es/news/item/19-09-2019-more-women-and-children-survive-today-than-ever-before-un-report>
 - OPS. (2020). *Violencia contra la mujer*. Organización Panamericana de Salud. <https://www.paho.org/es/temas/violencia-contra-mujer#:~:text=Las Naciones Unidas definen la,producen en la vida pública>
 - Osborne, R. (2009). *Apuntes sobre violencia de género*. Edicions Bellaterra. http://lib1.org/_ads/4FD1D3653224BA37758337392BA127BC
 - Pandey, S. y Reddy, S. (2020). Understanding Child Sexual Abuse: Findings from an Ethnographic Research Among the Mothers in Delhi National Capital Region (India). *Oriental Anthropologist*, 20(1), 165–180. <https://doi.org/10.1177/0972558X20913957>
 - Parti, K., Dearden, T. E. y Hawdon, J. (2022). Understanding the Overlap of Online Offending and Victimization: Using Cluster Analysis to Examine Group Differences. *Victims and Offenders*, 17(5), 712–734. <https://doi.org/10.1080/15564886.2022.2036655>
 - Plácido, A. (2020). *Violencia familiar contra la mujer y los integrantes del grupo familiar*.
 - Ramos-Ríos, M. Á. (2018). *Violencia contra la mujer y los integrantes del grupo familiar*. Grupo Editorial Lex & Iuris.
 - Rodríguez Vásquez, J., Chipoco Valega, C. y Díaz Castillo, I. (2019). Femicidio. Interpretación de un delito de violencia basada en género. En *Pupc*. <http://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/166017>
 - Safranoff, A. (2017). Psychological violence against women: What factors increase the risk of this kind of intimate partner abuse? *Salud Colectiva*, 13(4), 611–632. <https://doi.org/10.18294/sc.2017.1145>

Artículo

- Saravia, J. (2017). Naturaleza del proceso especial de tutela frente a la violencia contra la mujer y los integrantes del grupo familiar. *Persona y Familia*, 1(6), 185–201. <https://doi.org/10.33539/PERYFA.2017.N6.476>
- Sarkar, N. N. (2008). The impact of intimate partner violence on women's reproductive health and pregnancy outcome. *Journal of Obstetrics and Gynaecology*, 28(3), 266–271. <https://doi.org/10.1080/01443610802042415>
- Shannon, J. B. (2009). *Domestic violence sourcebook*. Omnigraphics. http://lib1.org/_ads/DC18C6D161333AFDCC0AC1B5973AD6A5
- Sjöholm, M. (2017). Gender-sensitive norm interpretation by regional human rights law systems. En *International Studies in Human Rights* (Vol. 121, pp. 1–775). Brill Nijhoff. https://doi.org/10.1163/9789004343573_002
- Skinner, G. C. M. (2017). Disclosure of Child Sexual Abuse: A Review of Factors that Impact Proceedings in the Courtroom. *Crime Psychology Review*, 3(1), 39–58. <https://doi.org/10.1080/23744006.2018.1472421>
- Vázquez, F., Torres, A., Otero, P., Blanco, V. y López, M. (2010). Prevalence and risk factors of violence against women among Spanish female university students . *Psicothema*, 22(2), 196–201. <https://www.scopus.com/inward/record.uri?eid=2-s2.0-77953441246&partnerID=40&md5=1440f148f518845d1177f0414cc72ae8>
- Weber, B. M. (2013). *Violence and gender in the "new" Europe: Islam in German culture*. Palgrave Macmillan. http://lib1.org/_ads/EB6063B51FDF1727B71A8D5FABCFE EF6
- Western, D. (2013). *Gender-based violence and depression in women: a feminist group work response*. Springer. http://lib1.org/_ads/58B0E50D75D4AE917CDAE36008ED F330

DETENCIÓN PRELIMINAR JUDICIAL ¿MEDIDA EXCEPCIONAL O INSTRUMENTO?

Autor (a) :
Mgtr. DANTE E. PIMENTEL CRUZADO

Maestro en derecho. Master: “Magistratura Contemporánea: La Justicia en el siglo XXI” – Universidad de Jaén España. Docente de Posgrado de la Maestría en Derecho Penal y Procesal Penal - Universidad UCV. Fiscal Provincial Penal Titular de Lima Norte.

RESUMEN

El autor realiza un análisis de la regulación sobre la Detención Preliminar Judicial o Detención Preliminar, regulada en el Nuevo Código Procesal Penal de 2004, haciendo un análisis histórico sobre la regulación de esta medida excepcional, la cual de forma indebida es en algunas oportunidades considera solo un instrumento, es decir, carente de un fin en específico en el desarrollo del proceso penal.

PALABRAS CLAVES

Detención - Detención preliminar judicial – Detención preliminar – diligencias preliminares – investigación preparatoria – medida excepcional- instrumento

ABSTRACT

Artículo

The author analyzes the regulation on Judicial Preliminary Detention or Preliminary Detention, regulated in the New Code of Criminal Procedure of 2004, making a historical analysis of the regulation of this exceptional measure, which is sometimes unduly considered only an instrument, i.e., lacking a specific purpose in the development of the criminal process.

KEYWORDS

Detention - Preliminary judicial detention - Preliminary detention - Preliminary proceedings - Preparatory investigation - Exceptional measure - Instrumentality.

I. INTRODUCCIÓN

En el Perú, como en la gran mayoría de países de nuestra región y del mundo, la «Detención Judicial Preliminar» o «Detención Preliminar», ha sido duramente criticada no sólo por los teóricos, sino por los propios operadores del sistema de administración de justicia, ya que en sentido similar a como ocurre con la prisión preventiva, muchos se oponen a la idea que se puede privar de su libertad a alguien para que esta pueda ser investigada.



En nuestro entorno, esta medida excepcional cobró una especial relevancia no hace mucho, esto ocurrió cuando comenzaron a ser afectados ciertos personajes de nuestro ámbito político y empresarial interno y externo, quienes eran vinculados con presuntos actos delictivos cometidos por la empresa brasileña ODEBRECHT, esto no quiere decir, que mucho antes el Ministerio Público no haya recurrido al uso de esta medida excepcional, sino que al no ser los casos catalogados como de «interés público» o «connotación nacional» no se les prestó la debida atención, esto puede ser corroborado con las cifras que obran en el Observatorio de la Criminalidad del Ministerio Público.

Es por ello que, en las siguientes líneas, analizaré la regulación de esta medida excepcional en nuestro Nuevo Código Procesal Penal de 2004; y responderé a la interrogante sobre si esta es ¿Medida excepcional o instrumento?

II. DETENCIÓN PRELIMINAR JUDICIAL

2.1. Sobre los supuestos de configuración

El Nuevo Código Procesal Penal de 2004 -en adelante NCPP2004-, regula entre los artículos 261 al 267, de su Libro Segundo: La Actividad Procesal, Sección III: Las Medidas de Coerción Procesal, Título II: La Detención, la «Detención Preliminar Judicial», la misma que en un inicio, se encontraba regulada en los siguientes términos:

Artículo 261. Detención Preliminar Judicial. -

1. El Juez de la Investigación Preparatoria, a solicitud del Fiscal, sin trámite alguno y teniendo a la vista las actuaciones remitidas por aquél, dictará mandato de detención preliminar, cuando:
 - a) No presente un supuesto de flagrancia delictiva, pero existan razones pausibles para considerar que una persona ha cometido un delito sancionado con pena privativa de libertad superior a cuatro años y, por las circunstancias del caso, puede desprenderse cierta posibilidad de fuga.
 - b) El sorprendido en flagrante delito logre evitar su detención.
 - c) El detenido se fugare de un centro de detención preliminar.
2. En los supuestos anteriores, para cursar la orden de detención se requiere que el imputado se encuentre debidamente individualizado con los siguientes datos: nombres y apellidos completos, edad, sexo, lugar y fecha de nacimiento.
3. La orden de detención deberá ser puesta en conocimiento de la Policía a la brevedad posible, de manera escrita bajo cargo, quien la ejecutará de

inmediato. Cuando se presenten circunstancias extraordinarias podrá ordenarse el cumplimiento de detención por correo electrónico, facsímil, telefónicamente u otro medio de comunicación válido que garantice la veracidad del mandato judicial. En todos casos la comunicación deberá contener los datos de identidad personal del requerido conforme a lo indicado en el numeral dos.

4. Las requisitorias cursadas a la autoridad policial tendrán una vigencia de seis meses. Vencido este plazo caducarán automáticamente bajo responsabilidad, salvo que fuesen renovadas. La vigencia de la requisitoria para los casos de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas no caducarán hasta la efectiva detención de los requisitoriados. (Decreto Legislativo N.º 957,2004).

El aludido artículo fue modificado por el artículo 2 del Decreto Legislativo N.º 1298 del 30.12.2016 -en adelante DL1298-, el mismo que lo transformó o varió, conforme al siguiente detalle:

Artículo 261. Detención Preliminar Judicial.-

1. El Juez de la Investigación Preparatoria, a requerimiento del Fiscal, sin trámite alguno y teniendo a la vista las actuaciones remitidas por aquel, dicta mandato de detención preliminar cuando:
 - a) No se presente un supuesto de flagrancia delictiva, pero existan razones plausibles para considerar que una persona ha cometido un delito sancionado con pena privativa de libertad superior a cuatro años y, por las circunstancias del caso, puede desprenderse cierta posibilidad de fuga u obstaculización de la averiguación de la verdad.

Artículo

- b)** El sorprendido en flagrante delito logre evitar su detención.
 - c)** El detenido se fugare de un centro de detención preliminar.
- 2.** En los supuestos anteriores, para cursar la orden de detención se requiere que el imputado se encuentre debidamente individualizado con los siguientes datos: nombres y apellidos completos, edad, sexo, lugar, y fecha de nacimiento.
- 3.** La orden de detención deberá ser puesta en conocimiento de la Policía a la brevedad posible, de manera escrita bajo cargo, quien la ejecuta de inmediato. Cuando se presenten circunstancias extraordinarias puede ordenarse el cumplimiento de detención por correo electrónico, facsímil, telefónicamente u otro medio de comunicación válido que garantice la veracidad del mandato judicial. En todos estos casos la comunicación debe contener los datos de identidad personal del requerido conforme a lo indicado en el numeral dos.
- 4.** Las requisitorias cursadas a la autoridad policial tienen una vigencia de seis meses. Vencido este plazo, caducan automáticamente bajo responsabilidad, salvo que fuesen renovadas. La vigencia de la requisitoria para los casos de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas no caducan hasta la efectiva detención de los requisitoriados. (Decreto Legislativo N.º 1298, 2016).

Conforme es de verse las modificaciones realizadas por el DL1298 son formales, es decir, estas no tienen una gran incidencia sobre la regulación inicial -en adelante RI-, sino que se limitan a realizar ciertas modificaciones formales, mientras que en la RI, se precisó en el inciso 1), «a solicitud», en la modificación introducida por el DL1298, se señaló «A Requerimiento», por lo que considero necesario el

preguntarnos ¿era necesaria esta precisión?, considero que no, ya que si realizamos una lectura rápida del NCPP2004, advertiremos que en su artículo 122 «Actos del Ministerio Público», en sus incisos 1) y 4), regula «El Ministerio Público, en el ámbito de su intervención en el proceso, dicta Disposiciones y Providencias, y formula Requerimientos» y «Los Requerimientos se formulan para dirigirse a la autoridad judicial solicitando la realización de un acto procesal», es así que pese a que en su RI el aludido inciso, hace referencia a 1), «a solicitud», se entiende que las solicitudes que realiza el Ministerio Público -en adelante MP-, ante el órgano judicial, son requerimientos.

Asimismo, en el literal a) del inciso 1) de la RI del artículo antes mencionado, se señaló «cierta posibilidad de fuga», en cambio con la modificación introducida a través de DL1298, se agregó «u obstaculización de la averiguación de la verdad», considero que esta modificación sí era necesaria, ya que conforme es de verse en la RI solo se tenía en consideración el «peligro procesal», en su vertiente del «peligro de fuga», dejando de lado así la vertiente del «peligro de obstaculización», lo que evidentemente constituía un error.

Así también, en la RI del inciso 3) del aludido artículo, se señaló «ejecutará», «podrá», «medios de comunicación válidos que garanticen la veracidad del mandato judicial»; y «la comunicación deberá contener», estos términos fueron reemplazados por el DL1298, que precisó «ejecuta», «puede», «medio de comunicación válido que garantice la veracidad del mandato judicial»; y «la comunicación debe de contener», conforme es de verse, lo que se hizo a través del mencionado decreto legislativo, fue el modificar el estado de la redacción de tiempo futuro a presente.

Finalmente, creo importante recalcar que, si bien es cierto, la intención del Poder Ejecutivo, de pedir que se le otorguen

Artículo

facultades legislativas, a fin que estos puedan introducir modificaciones al NCPP2004, fueron positivas, al menos en el extremo establecido en el literal a) del inciso 1), sobre el «peligro de fuga», en su vertiente de «peligro de obstaculización» la aludida modificación a través de un Decreto Legislativo, considero que el NCPP2004 presenta otros problemas que merecen ser atendidos con mayor urgencia.

2.2. Sobre la motivación

El NCPP2004, precisa en su artículo 262 «Motivación de auto de detención», lo siguiente: «El auto de detención deberá contener los datos de identidad del imputado, la exposición sucinta de los hechos objeto de imputación, los fundamentos de hecho y de derecho, con mención expresa de las normas legales aplicables», la motivación se encuentra vinculada de forma directa al «nivel sospecha» que rige en cada estadio o sub estadio procesal.

Sobre el particular, es necesario recalcar que para que el «Fiscal» pueda requerir ante el órgano judicial la «Detención preliminar judicial» de algún investigado, no es necesario que se haya emitido la «Disposición de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria», esto quiere decir, que esta medida es postulado cuando nos encontramos a nivel de diligencias preliminares, por lo que resulta necesario el tener en consideración, que el nivel de sospecha en este subestadio procesal es el de «Sospecha simple», el mismo que ha sido definido en la «Sentencia Plenaria Casatoria N.º 1-2017/CIJ-433» de fecha 11.10.2017, expedida por las «Salas Penales Permanentes y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República», en los siguientes términos:

La sospecha inicial simple -el grado menos intensivo de la sospecha- requiere, por parte del Fiscal, puntos de partida objetivos, es decir, un apoyo, justificado por hechos concretos -solo con cierto nivel de delimitación- y basado en la experiencia criminalística, de que se ha cometido un hecho punible perseguible que puede ser constitutivo de delito (...) Se requiere de indicios procedimentales o fácticos relativos -aunque con cierto nivel de delimitación-, sin los cuales no puede fundarse sospecha alguna -esto último, por cierto no es lo mismo que prueba indiciaria o por indicios, objeto de sentencia- (Sentencia Plenaria Casatoria N.º 1-2017/CIJ-433, 2017).

Asimismo, es necesario precisar que para transitar al siguiente sub estadio procesal, es decir, a la «Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria» o «Investigación Formalizada», el nivel de sospecha, ya no será de «sospecha inicial simple», sino que este será el de «sospecha reveladora», la misma que también fue detallada en la sentencia antes aludida, en los siguientes términos:

La sospecha reveladora para la disposición de formalización de la investigación preparatoria -el grado intermedio de sospecha-, en cuanto imputación formal de carácter provisional, consiste en la existencia de hechos o datos básicos que sirvan racionalmente de indicios de una determinada conducta (...) mediante la presencia de elementos de convicción con determinado nivel, medio, de acreditación- (Sentencia Plenaria Casatoria N.º 1-2017/CIJ-433, 2017)

Ahora bien, el Fiscal si bien pueda postular su «Requerimiento de Detención Preliminar» ante el órgano judicial, teniendo en consideración el nivel de «sospecha simple» que es aquel que rige a nivel de diligencias preliminares, conforme señalé en los párrafos precedentes, esto no quiere decir, de ningún modo, que para presentar un

Artículo

requerimiento de este tipo, sea suficiente el nivel de sospecha idéntico al de la simple denuncia o atribución de un hecho delictivo -genérico o abstracto- (REYNALDI ROMÁN, 2020), puesto de ningún modo puede dejarse de lado que la investigación fiscal se rige bajo el Principio de Progresión de la Investigación.

2.3. Sobre los plazos

El NCPP2004, precisó en la RI de su artículo 264, sobre el plazo de detención, lo siguiente:

Artículo 264. Plazo de la detención. -

- 1.** La detención policial de oficio o la detención preliminar sólo durará un plazo de veinticuatro horas, a cuyo término el Fiscal decidirá si ordena la libertad del detenido o si, comunicando al Juez de la Investigación Preparatoria la continuación de las investigaciones, solicita la prisión preventiva u otra medida alternativa.
- 2.** La detención policial de oficio o la detención preliminar podrá durar hasta un plazo no mayor de quince días naturales en los delitos de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas.

El Juez Penal, en estos casos, está especialmente facultado para adoptar las siguientes medidas:

- a)** Constituirse, a requerimiento del detenido, al lugar donde se encuentra detenido y averiguar los motivos de la privación de la libertad, el avance de las investigaciones y el estado de su salud. En caso de advertir la afectación indebida del derecho de defensa o irregularidades que perjudiquen gravemente el éxito de las investigaciones, pondrá tales irregularidades en conocimiento del Fiscal del caso, sin perjuicio de comunicar lo ocurrido al Fiscal Superior competente. El Fiscal dictará las medidas de

- corrección que correspondan, con conocimiento del Juez que intervino.
- b)** Disponer el inmediato reconocimiento médico legal del detenido, en el término de la distancia, siempre y cuando el Fiscal no lo hubiera ordenado, sin perjuicio de autorizar en cualquier momento su reconocimiento por médico particular. El detenido tiene derecho, por sí solo, por su Abogado o por cualquiera de sus familiares, a que se le examine por médico legisla o particulares, sin que la Policía o el Ministerio Público pueden limitar este derecho.
 - c)** Autorizar el traslado del detenido de un lugar a otro de la República después de efectuado los reconocimientos médicos, previo pedido fundamentado del Fiscal, cuando la medida sea estrictamente necesaria para el éxito de la investigación o la seguridad del detenido. La duración de dicho traslado no podrá exceder el plazo señalado en el primer párrafo de este artículo y deberá ser puesto en conocimiento del Fiscal y del Juez del lugar del destino.
- 3.** Al requerir el Fiscal en los casos señalados en los incisos anteriores la prisión preventiva del imputado, la detención preliminar se mantiene hasta la realización de la audiencia en el plazo de cuarenta y ocho horas. (Decreto Legislativo N.º 957,2004).

El aludido artículo fue modificado por el Artículo 2 del DL1298, el mismo que lo modificó, en los siguientes términos:

Artículo 264. Plazo de la detención.

- 1.** La detención policial sólo dura un plazo de veinticuatro (24) horas o el término de la distancia.
- 2.** La detención preliminar dura setenta y dos (72) horas. Excepcional, si subsisten los requisitos establecidos en el numeral 1) del artículo 261 del presente Código y se presenten circunstancias de especial complejidad

Artículo

en la investigación, puede durar un plazo máximo de siete (7) días.

- 3.** En los delitos cometidos por organizaciones criminales, la detención preliminar o la detención judicial por flagrancia puede durar un plazo máximo de diez (10) días.
- 4.** La detención policial o la detención preliminar puede durar hasta un plazo no mayor de quince días naturales en los delitos de terrorismo, espionaje, tráfico ilícito de drogas.
- 5.** El Juez Penal, en estos casos, está especialmente facultado para adoptar las siguientes medidas:
 - a)** Constituirse, a requerimiento del detenido, al lugar donde se encuentra el detenido y averiguar los motivos de la privación de la libertad, el avance de las investigaciones y el estado de su salud. En caso de advertir la afectación indebida del derecho de defensa o de irregularidades que perjudiquen gravemente el éxito de las investigaciones, pone tales irregularidades en conocimiento del Fiscal del caso, sin perjuicio de comunicar lo ocurrido al Fiscal Superior competente. El Fiscal dictará las medidas de corrección que correspondan, con conocimiento del Juez que intervino.
 - b)** Disponer el inmediato reconocimiento médico legal del detenido, en el término de la distancia, siempre y cuando el Fiscal no lo hubiera ordenado, sin perjuicio de autorizar en cualquier momento su reconocimiento médico particular. El detenido tiene derecho, por sí sólo, por su abogado o por cualquiera de sus familiares, a que se le examine por médico legista o particulares, sin que la Policía o el Ministerio Público puedan limitar este derecho.

- c) Autorizar el traslado del detenido de un lugar a otro de la República después de efectuado los reconocimientos médicos, previo pedido fundamentado del Fiscal, cuando la medida sea estrictamente necesaria para el éxito de la investigación o la seguridad del detenido. La duración de dicho traslado no puede exceder el plazo señalado en el primer párrafo de este artículo y debe ser puesto en conocimiento del Fiscal y del Juez del lugar de destino.
- 6. Dentro del plazo de detención determinado por el Juez, el Fiscal decide si ordena la libertad del detenido o si, comunicando la Juez de la Investigación Preparatoria la continuación de las investigaciones, solicita la prisión preventiva u otra medida alternativa.
- 7. Al requerir el Fiscal en los casos señalados en los incisos anteriores la prisión preventiva del imputado, la detención se mantiene hasta la realización de la audiencia en el plazo de cuarenta y ocho horas (Decreto Legislativo N.º 1298, 2016).

Conforme es de verse la RI del artículo en comentario resultaba ser genérica, es por ello que las modificaciones introducidas a través del DL1298, resultaban oportunas, con estas se precisó que la Detención Judicial Preliminar tendrá un plazo de «setenta y dos horas», aunque excepcionalmente, atendiendo a ciertas circunstancias esta podrá ampliarse a «siete días», en casos de organizaciones criminales el plazo será de «diez días»; y en casos extremos como terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas, esta tendrá una duración de hasta «quince días naturales».

2.4. Sobre la detención preliminar incomunicada

El NCPP, en su artículo 265, regula la detención preliminar incomunicada, en los siguientes términos:

*Artículo***Artículo 265. Detención preliminar incomunicada. -**

1. Detenida una persona por los delitos de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas o por un delito sancionado con pena superior a los seis años, el Fiscal podrá solicitar al Juez de la Investigación Preparatoria que decrete su incomunicación, siempre que resulte indispensable para el esclarecimiento de los hechos investigados y por un plazo no mayor de diez días, siempre que no exceda el de la duración de detención. El Juez deberá pronunciarse inmediatamente y sin trámite alguno sobre la misma, mediante resolución motivada.
2. La incomunicación no impide las conferencias en privado entre el abogado defensor y el detenido, las que no requieren autorización previa ni podrán ser prohibidas. (Decreto Legislativo N.º 957,2004).

Conforme es de verse, la detención preliminar incomunicada, no es una regla, sino por el contrario la excepción, es decir, esta solo podrá aplicarse ante la comisión de ciertos «delitos considerados especialmente graves», como los de «terrorismo», «espionaje», y «tráfico ilícito de drogas», o por delitos sancionados con «penas superiores a los seis años»; y siempre cuando esta restricción sea indispensable para el esclarecimiento de los hechos investigados, es decir, cuando se acredite que en caso de no adoptarse esta medida, bien podría frustrarse la investigación y no llegar al éxito.

Asimismo, en ningún supuesto se podrá exceder el límite de la detención, este es el parámetro impuesto por nuestro legislador; asimismo, es de recalcar que de ningún modo deberá de entenderse que la incomunicación es total, puesto que no se puede impedir al detenido conferenciar en privado con su abogado defensor. Ahora bien, entiendo que esto tiene sustento en el Derecho a la Defensa, el mismo que no puede restringirse en ningún estadio; sin embargo, si partimos de la idea que la incomunicación, tiene como finalidad que de algún modo se puede filtrar información o que entre quienes son afectados por esta medida puedan diseñar una coarta para justificar su

actuación o por el contrario ocultar pruebas, la *praxis* y la experiencia nos dicen que al no restringirse el contacto con el abogado, es en muchos casos este quien se encarga de transmitir a los demás involucrados de forma directa o indirecta la información recibida por parte de su patrocinado, una situación, sobre la que los agentes policiales a cargo de la custodia, así como el propio Ministerio Público, deben de prestar especial atención, ya que de lo contrario pese a haberse decretado la «incomunicación» esta no alcanzará ninguna finalidad, es decir, no se lograrán los resultados esperados.

Es más, considero que debemos de tener en consideración que al igual que un abogado puede recurrir por ejemplo al Órgano de Control Institucional del Ministerio Público, a fin de controlar la actuación fiscal en el ámbito disciplinario -en muchas oportunidades sin ningún sustento, solo con el ánimo de desprestigiar-, de igual modo, se puede controlar a través de los Tribunales de Ética de los colegios profesionales donde estos se encuentren agremiados, es más lo considero necesario.

2.5. Sobre la convalidación de detención preliminar o detención preliminar en flagrancia

El NCPP2004, precisó en la RI de su artículo 265, sobre el plazo de detención, lo siguiente:

Artículo 266. Convalidación de la detención.

- 1.** Vencido el plazo detención preliminar, el Fiscal, salvo los delitos de terrorismo, espionaje o tráfico ilícito de drogas, si considera que subsisten las razones que determinaron la detención, lo pondrá a disposición del Juez de Investigación Preparatoria requiriendo auto de convalidación de la detención. En caso contrario, dispondrá la inmediata libertad del detenido.
- 2.** El juez, ese mismo día, realizará la audiencia con asistencia del Fiscal, del imputado y de su defensor, y luego de escuchar a los asistentes, teniendo a la vista las actuaciones proporcionadas por el Ministerio Público,

Artículo

decidirá en ese mismo acto mediante resolución motivada lo que corresponda.

3. La detención convalidada tendrá un plazo de duración de siete días naturales, a cuyo vencimiento se pondrá al detenido a disposición del Juez de la Investigación Preliminar para determinar si dicta acto de prisión preventiva o comparecencia, siempre o restrictiva.
4. En los supuestos de detención por los delitos de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas, vencido el plazo de quince días establecido en la Constitución, el Fiscal solicitará de ser el caso la medida de prisión preventiva u otra alternativa prevista en este Código. (Decreto Legislativo N.º 957,2004).

El aludido artículo fue modificado por el Artículo 2 del DL1298, el mismo que lo modificó, en los siguientes términos:

Artículo 266. Convalidación de la detención.

1. El Fiscal puede requerir al Juez de la Investigación Preparatoria dentro de las (12) horas de producida la detención efectiva por la Policía Nacional, la emisión del mandato de detención judicial hasta por un máximo de siete (7) días, cuando por las circunstancias del caso, se desprenda cierta posibilidad de fuga u obstaculización de la averiguación de la verdad. En los delitos cometidos por organizaciones criminales la detención judicial por flagrancia puede durar hasta un plazo máximo de diez (10) días.
2. El Juez, antes del vencimiento de las veinticuatro (24) horas de la detención, realiza la audiencia de carácter inaplazable con asistencia obligatoria del Fiscal, el imputado y su abogado defensor. El Fiscal dispone el traslado del imputado a la denuncia, bajo custodia de la Policía Nacional. Rigen los numerales 1, 3 y 6 del artículo 85.
3. Instalada la audiencia y escuchados los sujetos procesales, el Juez debe pronunciarse mediante resolución motivada sobre la legalidad de la detención del

imputado conforme al artículo 259, sobre el cumplimiento de los derechos contenidos en el numeral 2 del artículo 71 y finalmente sobre la necesidad de dictar la detención judicial, teniendo a la vista las actuaciones proporcionadas por el Ministerio Público.

4. Si en la audiencia, el Juez advierte que se ha vulnerado los derechos fundamentales del investigado o se le ha detenido en forma ilegal, sin perjuicio de lo resuelto, remite copias al órgano de control del Ministerio Público y a la Inspectoría de la Policía Nacional del Perú.
5. Dentro del plazo de detención judicial, se pone al detenido a disposición del Juez de Investigación Preparatoria para determinar si dicta mandato de prisión preventiva o comparecencia, simple o restrictiva.
6. Si el Juez declara improcedente el requerimiento de detención judicial, el Fiscal, vencido el plazo de detención policial, dispone lo que corresponda.
7. El presente artículo no es aplicable para los delitos de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas. (Decreto Legislativo N.º 1298, 2016).

Conforme es de verse, con la modificación introducida a través del DL1298, se realizan ciertas precisiones a comparación de la RI, de igual modo, se toma como referencia los plazos establecidos en otros artículos a los que ya nos hemos referido en los párrafos precedentes.

2.6. Sobre el recurso de Apelación

El NCPP2004, precisó en la RI de su artículo 266, sobre la convalidación de detención preliminar o detención preliminar en flagrancia, lo siguiente:

Artículo 267. Recurso de apelación.

1. Contra el auto previsto en el numeral 1) del artículo 261, y los que decretan la incomunicación y la convalidación de la detención procede recurso de apelación. El plazo para

Artículo

apelar es de un día. La apelación no suspende la ejecución del auto impugnado.

2. El Juez elevará los actuados inmediatamente a la Sala Penal, la que resolverá previa vista de la causa que la señalará dentro de las cuarenta y ocho horas de recibidos los autos. La decisión se expedirá el día de la vista o al día siguiente, bajo responsabilidad. (Decreto Legislativo N.º 957,2004).

El aludido artículo fue modificado por el Artículo 2 del DL1298, el mismo que lo modificó, en los siguientes términos:

Artículo 267°. Recurso de apelación.

1. Contra el auto previsto en el numeral 1) del artículo 261 y los que decreten la incomunicación y detención judicial en caso de flagrancia procede recurso de apelación. El plazo para apelar es de un día. La apelación no suspende la ejecución del auto impugnado.
2. El Juez eleva en el día los actuados a la Sala Penal, la que resuelve previa audiencia dentro de las cuarenta y ocho horas de recibidos los autos. La decisión se expide en audiencia, bajo responsabilidad. (Decreto Legislativo N.º 1298, 2016).

Conforme es de verse, con la modificación introducida a través del DL1298, se realizan ciertas precisiones a comparación de la RI, aunque inciden en la forma, más no en el fondo del mismo.

III. ¿MEDIDA EXCEPCIONAL O INSTRUMENTO?

La Detención Preliminar Judicial, en palabras del profesor SAN MARTIN CASTRO, puede definirse como:

La medida de privación de la libertad personal dispuesta por el juez de la investigación preparatoria a solicitud fundamentada del fiscal -dictada mediante auto fundado y sin

trámite alguno-, que ha iniciado averiguaciones, en los supuestos de ausencia de flagrancia delictiva y cuando el imputado se encuentra debidamente individualizado (SAN MARTIN CASTRO, p. 450).

Asimismo, el profesor GÁLVEZ VILLEGAS, sobre la necesidad del Fiscal de requerir esta medida excepcional, recalca:

En realidad, este tipo de detención se sustenta en la necesidad que tiene la Policía y la Fiscalía de asegurar la fuente de prueba y evitar que el sospechoso contamine o sustraiga elementos de convicción necesarios para agotar las diligencias preliminares y se tome la decisión preservando la eficacia de la investigación preliminar (GALVEZ VILLEGAS, p. 329).

En similar sentido, el profesor **ROSAS YATACO**, sobre la necesidad de recurrir a esta medida, precisó:

Esta institución coercitiva personal se incorpora por razones fundamentales de poder cumplir el Ministerio Público con una investigación completa en un plazo no mayor de 48 horas, donde con tranquilidad pueda realizar todos los actos investigatorios urgentes e inmediatos, así como los complementarios que son necesarios para resolver la situación jurídica de los detenidos y poder requerir las medidas coercitivas de ser el caso (ROSAS YATACO, p. 309).

Conforme es de verse tanto el profesor GALVEZ VILLEGAS y ROSAS YATACO, quienes han ocupado cargos en el Ministerio Público, tienen la visión que la Detención Judicial Preliminar, es una medida excepcional, que en atención a la estrategia de investigación que diseñe el Fiscal, así como a las circunstancias propias de cada caso, podrá recurrir a esta, más aún cuando los delitos que son objeto de investigación son aquellos considerados como «especialmente graves», entre los cuales destacan «terrorismo», «espionaje», «tráfico ilícito de drogas» o «delitos de crimen organizado».

IV. TOMA DE POSTURA

La «Detención Judicial Preliminar» o «Detención Preliminar», es una medida excepcional a la cual puede recurrir el Ministerio Público, atendiendo a las circunstancias de cada caso en particular, está de ningún modo es la regla, el Fiscal previo a postular esta medida ante el órgano judicial, deberá de realizar un test de ponderación, sobre la restricción de la libertad que se realizará y el éxito de la investigación y búsqueda de la verdad –esclarecimiento de los hechos-.

Ahora bien, es necesario recalcar que durante el desarrollo de la investigación preparatoria –diligencias preliminares e investigación preparatoria propiamente dicha- el Fiscal como director de la investigación, no actúa de forma parcializada como incorrectamente entienden algunos investigados, sino que este ciñe su actuación al Principio de Objetividad, es decir, recaba elementos de cargo y descargo –aun cuando estos no hayan sido postulados de forma directa por los investigados-.

Asimismo, si bien es cierto, la «Detención Judicial Preliminar» o «Detención Preliminar» por lo general es postulada durante el desarrollo de las diligencias preliminares, en las cuales conforme mencioné en los párrafos precedentes, el nivel es de «sospecha simple», esto de ningún modo quiere decir que este se confunda con el nivel de sospecha de la «simple denuncia» o «atribución de un hecho delictivo -genérico o abstracto-», ya que desde la emisión de la disposición de inicio de diligencias preliminares hasta la presentación del Requerimiento de Detención Judicial Preliminar o Detención Preliminar, ha transcurrido ciertos tiempo, el mismo que atendiendo al Principio de Progresión o Evolución de la Investigación, el nivel de sospecha también ha variado, más aún si se está próximo a transitar al siguiente sub estadio procesal, es decir, a la investigación preparatoria.

Respecto a las voces que sostienen que esta medida es un instrumento y que viene siendo mal empleada por el Ministerio Público, considero que esto no se condice con la realidad, ya que conforme afirmé en los párrafos precedentes es una medida excepcional a la que se deberá de recurrir necesariamente ante ciertas circunstancias; así también, rechazo algunas voces que sostienen que se requiere esta medida previo a la formulación de un requerimiento de prisión preventiva, esto está regulado así en nuestra legislación, que al concluir el plazo de detención preliminar el Ministerio Público, deberá de ordenar la inmediata libertad, postular su requerimiento de prisión preventiva o de alguna otra medida de coerción.

V. CONCLUSIONES

- La «Detención Judicial Preliminar» o «Detención Preliminar», ha sido duramente criticada no sólo por los teóricos, sino por los propios operadores del sistema de administración de justicia, ya que en sentido similar a como ocurre con la prisión preventiva, muchos se oponen a la idea que se puede privar de su libertad a alguien para que esta pueda ser investigada.
- Las modificaciones realizadas a la regulación inicial sobre la «Detención Judicial Preliminar» o «Detención Preliminar», reguladas en el Nuevo Código Procesal Penal de 2004, fueron realizadas por el Decreto Legislativo N.º 1298, de fecha 29.12.2016.
- El nivel de sospecha en el desarrollo de las diligencias preliminares es del «Sospecha inicial simple», mientras que el de investigación preparatoria es de «Sospecha reveladora».
- La «Detención Judicial Preliminar» o «Detención Preliminar», es una medida excepcional a la cual puede recurrir el Ministerio Público, atendiendo a las circunstancias de cada caso en particular, está de ningún modo es la regla.

Artículo

- El Fiscal previo a postular su requerimiento de «Detención Judicial Preliminar» o «Detención Preliminar», ante el órgano judicial, deberá de realizar un test de ponderación, sobre la restricción de la libertad que se realizará y el éxito de la investigación y búsqueda de la verdad –esclarecimiento de los hechos-.
- No debe de confundirse la «Detención Judicial Preliminar» o «Detención Preliminar», con la prisión preventiva, si bien ambas, toman como referencia el peligro procesal, tanto en su vertiente de peligro de fuga como de peligro de obstaculización, esto no quiere decir que sean medidas idénticas, por lo que el estándar de la prisión preventiva es evidentemente mayor o más exigente que el de la detención preliminar.
- No necesariamente luego de ejecutada una «Detención Judicial Preliminar» o «Detención Preliminar», el Fiscal estará obligado a postular un requerimiento de prisión preventiva, pero tampoco puede desconocerse que esta es una opción válida.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- CUBAS VILLANUEVA, V (2018). Las medidas de Coerción en el Proceso Penal. Primera Edición.
- GALVEZ VILLEGAS, T. A. (2017). Medidas de Coerción Personales y Reales en el Proceso Penal. Primera Edición.
- ROSAS YATACO, J. R. (2018). Derecho Procesal Penal, Doctrinal, Jurisprudencial y Legislación actualizada. Primera Edición.
- SAN MARTIN CASTRO, C. (2015). Derecho Procesal Penal, lecciones. Primera Edición.
- VILLEGAS PAIVA, E. A. (2013). La detención y la prisión preventiva en el nuevo código procesal penal. Primera Edición
- **Legislación nacional.**
Nuevo Código Procesal Penal de 2004, aprobado por Decreto Legislativo nro. 957, publicado el 29 de julio de 2004.

EL DERECHO LABORAL EN EL MARCO DE LA NUEVA DINÁMICA JURÍDICA DEL SIGLO XXI

Autor (a) :
QUILCA MOLINA, MARTHA ROCIO

Juez Superior Provisional
Corte Superior de Justicia de Lima

RESUMEN

En el presente artículo, el autor analiza el actual marco jurídico constitucional y principista del derecho laboral en el Perú así como las nuevas perspectivas que se abren en el contexto relativizador de una relación jurídico laboral acorde con los cambios tecnológicos presentes y que enmarcan la actuación dinamizadora de la empresa, lo que exige adecuaciones y adaptaciones fuera de los parámetros, muchas veces demasiado rígidos de un derecho laboral aún aferrado a viejos arquetipos jurídicos.

Palabras clave: Derecho laboral, principios constitucionales, bien jurídico, protección del trabajo.

ABSTRACT

In this article, the author analyzes the current constitutional and principled legal framework of labor law in Peru as well as the new perspectives that are opening up in the relativizing context of a labor law relationship in accordance with the present technological changes that frame the dynamic performance of the company, which requires adjustments and adaptations outside the parameters, often too rigid, of a labor law still clinging to old legal archetypes.

Key words: labor law, constitutional principles, legal good, labor protection.

SUMARIO

I. *INTRODUCCIÓN*

II. *EL TRABAJO COMO BIEN JURÍDICO: PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL*

III. LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO

IV. DERECHOS Y DEBERES EN LA RELACIÓN LABORAL: CONSIDERACIONES MÍNIMAS

V. LOS NUEVOS CONTEXTOS EN EL CAMPO DEL DERECHO LABORAL

VI. CONCLUSIONES

VII. REFERENCIAS

I. INTRODUCCIÓN

Al cumplirse casi 30 años después de la redacción de nuestra Carta Constitucional (CP en adelante), ya no cabe duda, no tanto y no sólo del hecho de que el trabajo es un bien jurídicamente relevante, sino sobre todo de la constatación



de que su naturaleza está íntimamente ligada a los conceptos de dignidad, libertad y plena afirmación de la persona. Una unión que, en cuanto a su protección, implica tanto a la comunidad como a los ciudadanos individuales. Las normas de la Constitución en materia de trabajo, comprendidos en los artículos 22 al 29, constituyen los elementos de una visión global y armónica que, leídas sistemáticamente con los derechos inviolables, expresan, por una parte, el reconocimiento del trabajo como elemento fundamental de la ideología política que informa toda la estructura del Estado y, por otra, establecen las bases del modelo de Estado de bienestar diseñado por la Carta Constitucional. Y, sin embargo, a pesar de años de actividad hermenéutica por parte de la doctrina, la jurisprudencia y los actos normativos encaminados unánimemente a vincular a los poderes públicos y a toda la comunidad a crear las condiciones que garanticen, a cada persona, el desempeño de una actividad laboral adecuada para una vida digna, seguimos encontrándonos con fenómenos alejados de tal orientación.

En este marco, este trabajo pretende aportar una contribución sencilla al debate nacional e internacional sobre el tema del laboral, su protección y los principios y normas en el contexto actual. Así, en el presente artículo, esbozo los perfiles constitucional e internacional de la protección laboral, en cuanto a su esencia jurídica y los derechos y deberes de trabajadores y empleadores; así como la estructura normativa de la relación laboral, todo ello dentro

Artículo

del contexto de nuevos escenarios que están replanteando las relaciones laborales a partir de la introducción de nuevas tecnologías y nuevos criterios de producción, como la denominada "industria 4.0".

En ese sentido, surge la necesidad de otorgar una nueva lectura al marco jurídico imperante, las posturas de la doctrina y las decisiones jurisprudenciales que permitan establecer los mejores criterios para la asunción y manejo de las relaciones jurídico laborales en un escenario muy cambiante y dentro de la dinámica de las nuevas necesidades empresariales.

II. EL TRABAJO COMO BIEN JURÍDICO: PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL

No se dice nada nuevo al afirmar que un bien, en general, puede considerarse jurídicamente protegido cuando existen normas que lo contemplan (Chirinos, 2013) y, en este sentido, el trabajo es un bien jurídicamente relevante a partir del texto constitucional. Nuestra Carta Constitucional asigna una importancia relevante al trabajo, declarándolo "(...) un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona" (Art. 22 de la CP).

Los constituyentes de 1993 y sus predecesores de la Constitución de 1979, fueron conscientes, tras la experiencia autoritaria de los regímenes dictatoriales del pasado, de que reafirmar la democracia no sólo significaba reconocer el derecho de voto, sino conceder igualdad de oportunidades y de trato a todos los ciudadanos. Desde esta perspectiva, la inclusión del "trabajo" en la parte de los derechos fundamentales de la Constitución representó una ruptura con el pasado. Y ello por dos razones. No sólo porque el término "trabajo" no aparece dentro de ese contexto en la Carta Constitucional de 1933 más que para garantizar esa libertad del trabajo que era también una de las reivindicaciones fundamentales del

liberalismo¹¹, durante y después de la Revolución Francesa, sino también porque la elección del término "trabajo" en lugar de "trabajador" demostraba que no se trataba de una operación política de clase, sino de la voluntad de imprimir un sello más a los valores democráticos.

El trabajo, en efecto, tomando las palabras de Jaramillo (2015), como consecuencia de la importancia que le atribuye la Constitución, es un símbolo de la dignidad del ciudadano en la medida en que ésta se corresponde exclusivamente con su capacidad de contribuir al progreso material o espiritual de la sociedad, sin que puedan afirmarse más posiciones sociales que no encuentren su título en la contribución del sujeto a la evolución de la comunidad a la que pertenece. En consecuencia, la disposición constitucional del término, debe considerarse como un argumento integrador de razonamientos basados en otros parámetros constitucionales más específicos, ya que puede considerarse que resume las disposiciones posteriores relacionadas con él. De ello se desprende que el sentido de repudiar toda forma de privilegio vinculado a la clase social, al estamento o a la riqueza, en favor, en cambio, de la creación de condiciones efectivas de libertad e igualdad de los trabajadores, a que se refiere el artículo 22 de la Constitución, se ve corroborado por el artículo 23 de la Constitución, que reconoce "el trabajo, en sus diversas modalidades", y que, "es objeto de atención prioritaria del Estado".

De lo señalado, es importante realizar algunas precisiones. En cuanto al derecho al trabajo, no debe considerarse como un derecho a obtener un empleo y a conservarlo, es decir, no se trata de un derecho subjetivo que otorgue al ciudadano la posibilidad de formular reclamaciones, recurribles ante los tribunales, para, precisamente, obtener un empleo. Este derecho debe interpretarse, de acuerdo con la doctrina autorizada (Goldín, 2014), en el contexto de las denominadas garantías sociales, asimilándose así a un

¹¹ Constitución de 1933: Artículo 42.- El Estado garantiza la libertad de trabajo. Puede ejercerse libremente toda profesión, industria u oficio que no se oponga a la moral, a la salud ni a la seguridad pública.

Artículo

principio capaz de vincular a todos los poderes públicos (incluido el legislador) y a toda la comunidad con respecto al objetivo de crear las condiciones que aseguren, a cada persona, el desempeño de una actividad laboral (Chirinos, 2013).

Por otra parte, es un lugar común situar el art. 22 entre las normas constitucionales programáticas (Villarán y Ramos, 2016), ubicación validada por el propio Tribunal Constitucional, que en sus primeros pronunciamientos propuso la vertiente programática del art. 22, norma dirigida a

(...) Este Tribunal estima que el contenido esencial de este derecho constitucional implica dos aspectos. El de acceder a un puesto de trabajo, por una parte y, por otra, el derecho a no ser despedido sino por causa justa. En el primer caso, el derecho al trabajo supone la adopción por parte del Estado de una política orientada a que la población acceda a un puesto de trabajo; si bien hay que precisar que la satisfacción de este aspecto de este derecho constitucional implica un desarrollo progresivo y según las posibilidades del Estado. El segundo aspecto del derecho trata del derecho al trabajo entendido como proscripción de ser despedido salvo por causa justa (Consideración 3.3.1, EXP. N.º 00263-2012-AA/TC).

Cabe deducir, siguiendo a Leal y Massaú (2021), que el derecho al trabajo, reconocido a todo ciudadano, debe considerarse como un derecho fundamental de libertad de la persona humana, que se manifiesta en la elección y el modo de ejercer la actividad laboral. Esta situación jurídica del ciudadano —la única que encuentra su fundamento imprescriptible en el precepto constitucional que nos ocupa— se contrapesa, en lo que al Estado se refiere, por un lado, con la prohibición de crear o permitir que subsistan en el ordenamiento jurídico normas que establezcan o permitan límites discriminatorios a esta libertad o que directa o indirectamente la nieguen, por otra, la obligación —cuyo cumplimiento la Constitución considera esencial para la realización efectiva del derecho descrito— de orientar la actividad de todos los poderes públicos, y del propio

legislador, a la creación de las condiciones económicas, sociales y jurídicas que permitan el empleo de todos los ciudadanos aptos para el trabajo, tal como lo enfatiza el propio Art. 23 al delegar esa responsabilidad al Estado dentro del marco tutelar que le compete.

De este modo, por tanto, el trabajo, como fundamento de ese Estado de Derecho que la Constitución enarbola, asume la función de criterio regulador general de todo el sistema de relaciones de los ciudadanos entre sí y con el Estado, convirtiéndose en motor de la movilidad social (Higa, 2017). No es difícil, pues, persuadirse de que la protección del trabajo no puede agotarse sólo en el principio laboral, sino que se concreta también en la síntesis entre el principio personalista y el principio de solidaridad recogido en el artículo 22 de la Constitución, en la medida en que el trabajo no debe entenderse como un fin en sí mismo o como un mero medio para ganarse la vida, sino como un derecho y una expresión inviolables de la persona a través de los cuales ésta realiza y cumple aquellos deberes irrenunciables de solidaridad política, económica y social (Cordova y Rodríguez, 2021). Corolario de lo anterior es el artículo 23 de la Constitución, que, a través de su tercer párrafo, reafirma el compromiso constitucional de que, “ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador”, enunciado que claramente resuena con los derechos fundamentales de la persona plasmados en el Art. 2 de la Carta Constitucional. Precisamente por ello, el Estado tiene la obligación de eliminar aquellas diferencias que convierten las dificultades y las diferencias en factores de exclusión, discriminación y opresión (Toledo, 2020).

Junto a las normas señaladas, la Constitución también contiene disposiciones que se encuentran en los artículos subsiguientes (Arts. 24 al 29), relativo a la regulación de los derechos, necesidades y deberes de los trabajadores considerados dignos de protección. El primer artículo de referencia más importante es el Art. 24 que despliega los considerandos respecto al reconocimiento de “(...) una remuneración equitativa y suficiente, que procure, para él y su familia, el bienestar material y espiritual”. Al respecto, si bien es

Artículo

cierto se explicita el derecho a la remuneración “equitativa y suficiente”, no obstante no señala específicamente cuales serían los parámetros de dicha remuneración para que se enmarque dentro de lo señalado. Probablemente, muchos tendrán en mente la denominada “Remuneración Mínima Vital” establecida por el propio Estado con el baremo más reconocido. Sin embargo, esta es la cantidad mínima establecida remunerativamente, algo que está muy distante de los criterios de “equitativa y suficiente”. Al respecto, como afirma Higa (2017), la remuneración debe considerarse, no como un mero derecho a una contraprestación determinada, sino en su función social, como instrumento para satisfacer las necesidades de la vida y, por tanto, sancionando implícitamente su garantía también en caso de lesión o enfermedad. En la misma dirección de protección se prevé, a continuación en el artículo 25, una duración máxima de la jornada laboral “(...) de ocho horas diarias o cuarenta y ocho horas semanales, como máximo” y en el párrafo siguiente se consagran constitucionalmente los derechos al descanso semanal y a las vacaciones retribuidas, que son irrenunciables. Una vez más, la lógica de este último párrafo debe entenderse en el sentido de considerar el trabajo como un medio para una existencia libre y digna.

A los derechos previstos en los artículos señalados, el Art. 26 establece un conjunto de principios derivativos de los propios derechos fundamentales de la persona, y que están en relación directa a la igualdad de oportunidades en el campo laboral y a la no discriminación. En este último aspecto, se considera implícitos todos los aspectos que involucra el numeral 2 del Art. 2 de la Carta Constitucional. En esa línea, se resalta la naturaleza de irrenunciabilidad de todos los derechos instituidos por el ordenamiento jurídico (Higa, 2017). Por último, en el contexto del mismo Art. 26, se enfatiza la “interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma”. A continuación, el artículo 27 “protección del trabajador contra el despido arbitrario” y Art. 28 de la Constitución que valida la libertad de las organizaciones sindicales y el derecho de huelga de los

trabajadores en cumplimiento de las leyes que regulan este derecho. Por último, el Art. 29 reconoce "el derecho de participación de los trabajadores a las utilidades de la empresa". Debe mencionarse entonces que este bloque de la Constitución se constituye como una forma de protección de la libertad de la actividad económica y, por tanto, implícitamente de la protección del empresario, respetando, sin embargo, los límites de la utilidad social, la seguridad, la libertad y la dignidad humana. Del análisis realizado hasta ahora, el dato relevante, a los efectos de este trabajo, es que ya en el texto constitucional se delinea el trabajo como medio de protección del individuo y su dignidad, y lo dicho hasta ahora puede ser ya suficiente para entender la ilegitimidad jurídica de todas aquellas relaciones laborales fundadas en la negación del individuo.

III. LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO

Como se ha señalado en relación con las normas constitucionales, el derecho al trabajo es inseparable de los derechos fundamentales e inalienables del hombre y, como tal, también está protegido por las normas internacionales. La afirmación de los derechos humanos, a nivel internacional, puede decirse que comenzó con los primeros actos internacionales que se inspiraron en el respeto de los derechos humanos al referirse expresamente a la dignidad humana, como el Preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas de junio de 1945, donde se afirmaba:

"Nosotros los pueblos de las Naciones Unidas, resueltos a preservar a las generaciones futuras del flagelo de la guerra, que dos veces en el curso de esta generación ha infligido a la humanidad sufrimientos indecibles, a reafirmar nuestra fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas, (...)"

y el Preámbulo de la Carta de la UNESCO de 1945, según el cual:

"(...) la dignidad del hombre, que exige la difusión de la cultura y la educación de todos para la consecución de la justicia, la

Artículo

libertad y la paz, entraña deberes sagrados que todas las naciones han de cumplir con espíritu de ayuda mutua ".

En resumen, podemos decir que los documentos fundamentales en la materia son: la Declaración Universal de los Derechos Humanos; los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos; los Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; los Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Entre estos actos, la presencia más importante de disposiciones sobre la dignidad del trabajo se encuentra en los actos adoptados por la OIT, sin olvidar, no obstante, los de las Naciones Unidas y las organizaciones de carácter regional. Antes de 1948 no existía ningún acto normativo que tratara de los derechos universales o protegiera de otro modo al individuo en sus derechos fundamentales, por lo que la Declaración de Derechos Humanos de la ONU supuso realmente una ruptura con el pasado. La Declaración Universal proporciona una extensa lista de valores y derechos que cada Estado parte debe cumplir en su propio derecho interno.

Sin embargo, el corpus más amplio y completo de normas internacionales del trabajo se encuentra en los Convenios y Recomendaciones elaborados por la OIT, que no por casualidad constituyen el conocido "Código Internacional del Trabajo". El primer gran mérito de estos actos es haber establecido las características mínimas para que una prestación laboral se considere legalmente aceptable por debajo de las cuales se configuran la esclavitud y el trabajo servil (Lauzon, 2018). A continuación, se promovieron determinadas obligaciones frente a los Estados contratantes, entre ellas el reconocimiento de la libertad de asociación y el derecho efectivo a la negociación colectiva, la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio, la abolición del trabajo infantil y la eliminación de la discriminación de género en el empleo (Jaramillo Jassir, 2015).

Antes de 1948, no existía ningún acto normativo que tratara de los derechos universales o protegiera de otro modo al individuo en sus

derechos fundamentales, por lo que la Declaración de Derechos Humanos de la ONU supuso realmente una ruptura con el pasado. La Declaración Universal proporciona una extensa lista de valores y derechos que cada Estado parte debe cumplir en su propio derecho interno. La Declaración, tras afirmar en su artículo 2 que todos los hombres, sin distinción, gozan de iguales derechos, afirma que todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona, prohibiendo también la esclavitud, la servidumbre y la trata de personas, sancionando el derecho al trabajo y a su libre elección y a condiciones justas, la libertad de pensamiento y de asociación, y el derecho a la seguridad. A raíz de los principios consagrados en la Declaración, se adoptaron dos importantes pactos: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ambos jurídicamente vinculantes. En particular, el artículo 8 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos prohíbe la servidumbre, la esclavitud y la trata de esclavos en todas sus formas, así como cualquier forma de coacción laboral. También cabe mencionar el artículo 22, que sanciona la libertad de asociación, incluida la de los sindicatos, con especial referencia a las asociaciones sindicales.

Por otra parte, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconoce el derecho al trabajo a través del derecho a la remuneración, a la seguridad e higiene en el lugar de trabajo, a las vacaciones pagadas, al descanso y a la posibilidad de formar sindicatos. Este pacto adquiere mayor contenido con el Protocolo Facultativo, con el que forma la Carta Internacional de Derechos Humanos. Si tuviéramos que resumir el mensaje procedente del Derecho Internacional, podríamos decir que, según estas normas, el trabajo no puede estar a merced del libre albedrío del mercado, sino que debe ser abordado por políticas públicas específicas en el ámbito de la seguridad y el bienestar social. Asimismo, cabe destacar que las Naciones Unidas han impulsado la adopción de otros convenios internacionales que también han desempeñado un papel incisivo en la materia, hasta el punto de que en los últimos años ha aumentado el número de instrumentos que

Artículo

pueden utilizarse como forma de protección para toda una serie de casos jurídicos relacionados con el mundo del trabajo. Entre estos convenios, cabe destacar los siguientes la Convención de Ginebra, convención relativa al estatuto de los refugiados de 1951, atenta a dictar los derechos de los refugiados en todos los aspectos de la vida; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial de 1965, convención destinada a eliminar todas las formas de discriminación racial y garantizar el derecho a la igualdad, en particular, en lo que aquí nos interesa, garantizar el derecho al trabajo sin distinción de raza, color u origen nacional o étnico; la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 1979; la Convención sobre los Derechos del Niño, de 1989; la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, de 1990, en la que los "trabajadores migrantes" se definen como las personas que ejercen, ejercen o han ejercido una actividad remunerada en un Estado del que no son nacionales.

Del mismo convenio cabe destacar la tercera parte donde proclama los derechos humanos debidos a todos los trabajadores migrantes y sus familias, sin distinguir entre trabajadores regulares e irregulares. También cabe mencionar la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006; la Declaración de Viena y su Programa de Acción de 1993; la Declaración sobre el Derecho de los Pueblos a la Paz de 1984; la Declaración sobre los Derechos de las Personas Pertencientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas de 1992; la Declaración sobre la Eliminación de Todas las Formas de Intolerancia y Discriminación Fundadas en la Religión o las Convicciones de 1981; la Convención contra la Tortura de 1984; y la Convención sobre la Esclavitud y el Trabajo Forzoso ratificada en 1926 y posteriormente enmendada en 1956 en Nueva York. Por último, cabe mencionar, en materia de derechos humanos y dignidad, las Declaraciones o Pactos de carácter regional, como la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969.

IV. DERECHOS Y DEBERES EN LA RELACIÓN LABORAL: CONSIDERACIONES MÍNIMAS

El panorama esbozado anteriormente no estaría completo si no incluyera algunas observaciones sobre la influencia que los principios, libertades y derechos que ejercen en la situación jurídica de trabajadores y empresarios. Existen numerosas disposiciones en la legislación laboral del país que pueden considerarse un reflejo de los derechos constitucionales. En cuanto a la figura del trabajador, se podría considerar como una aplicación directa del principio personalista del artículo 22 de la Constitución y del principio de igualdad del artículo 2.2 de la Constitución y de las numerosas normas que prevén la igual sujeción de todos los ciudadanos a la ley, la prohibición de privilegios y la libertad y dignidad del trabajador. A partir de estas normas el principio que, como consecuencia, ha surgido es el del llamado *favor prestatoris*, en virtud del cual, como es bien sabido, se da la posibilidad de contravenir las normas imperativas del Derecho con otras normas no imperativas mucho más favorables al trabajador, permitiendo así, en caso de antinomia normativa, la prevalencia de aquella con mayor efecto protector del trabajador. Al que se le considera la parte más débil de la relación laboral. Sin embargo, desde hace algún tiempo, la doctrina autorizada (Carby-Hall et al., 2022), contrapone la visión que sitúa en el centro del sistema el favorecimiento del trabajo subordinado a otra visión del sistema que trastoca, en su interpretación teórica, la que hasta ahora ha dado prioridad a los intereses de los trabajadores y a la necesidad de protección dictada por su posición económica y social (Vizuite, 2019; Cherry, 2019).

La nueva tendencia, apoyada también por nuevas directrices del derecho comparado, considera el conjunto de principios constitucionales. Principios constitucionales que, como es sabido, además del del trabajo y su dignidad, expresan también otros valores, como el de la iniciativa económica privada y, por tanto, el de la empresa o el del trabajo que, aunque no subordinado, está también garantizado por la Constitución. De ello, como afirma Sandri et al. (2022) cuando analiza los cambios tecnológicos y su

Artículo

incidencia en el campo laboral, se desprende que, teniendo en cuenta los principios constitucionales, hay que constatar la coexistencia de dos valores: el del trabajo y el de la empresa. Convivencia que, si bien refleja el conflicto de intereses que caracteriza la realidad económica y social de una sociedad pluralista, sólo aparentemente determina una antinomia. Aparentemente porque, cuando se trata, como es el caso aquí, de valores constitucionales, ni siquiera se puede hablar de contraste, o antinomia, ya que esos valores están en una relación de circularidad, que es (de) implicación recíproca coesencial a la idea misma de valor en cuanto que en cada uno de ellos aparece lo ineliminable, junto a un componente final (el valor específico en su esencia y autonomía conceptual respecto a los demás valores), otro instrumental igualmente necesario, a la par que el primero, para el que cada valor es condición de realización de todos los demás. Además, el contraste, por aparente que sea, no es entre normas de Derecho común, sino entre valores o principios expresados por normas constitucionales.

Por otro lado, en su acepción empírica, el término trabajo indica "toda actividad que implique el empleo de las energías físicas e intelectuales del hombre para la producción o el intercambio de bienes y/o servicios" (Valderrama, 2019, p. 54). De este modo, desde un punto de vista jurídico, se inscribe dentro de una relación jurídica entre dos sujetos, el trabajador que realiza su trabajo y el sujeto (empresario, principal, contratista, etc.) que se aprovecha de esta prestación para la satisfacción de sus propios intereses. Esta definición es válida para todas las formas de empleo, tanto para el trabajo por cuenta ajena como para el trabajo por cuenta propia en la medida en que, incluso en las diferentes configuraciones que adopta la relación, siempre se está en presencia de una relación jurídicamente cualificada (como es una relación laboral) y, por tanto, protegida (Galvis y Dacosta, 2007). La doctrina dominante asimila esta relación a un contrato no sólo a pesar de la falta de una identificación específica en las normas sobre la materia, sino también a pesar de las considerables limitaciones a la autonomía

negociadora que otorga la legislación sectorial. También debe recordarse que parte de la doctrina, sin embargo, considera que muchas normas positivas contemplan el mero hecho de la relación laboral, con independencia de la existencia de un acuerdo entre las partes (Méndez, 2009). En la jurisprudencia, también se sostiene que la relación también puede surgir de un acuerdo tácito celebrado mediante una conducta concluyente, como tal reveladora de la manifestación tácita pero igualmente legítima del consentimiento de las partes. En el estado actual de las cosas, ha prevalecido la tesis del origen contractual de la relación laboral, ya que el contrato representa inevitablemente un elemento de garantía de la libertad, totalmente conciliable con los límites derivados de las normas imperativas y con la regulación de la prestación de hecho, que en efecto, presupone expresamente la existencia de un contrato, aunque sea inválido (EXP. 0008-2005-AI/TC, Fund. 20, EXP. 0008-2005-PI/TC; Fund. 24; EXP. 0008-2005-PI/TC, Fund 21; EXP. 0090-2004-AA/TC, Fund. 36). La identificación de la naturaleza de la relación laboral en la forma contractual permite resolver muchos problemas, de otro modo casi irresolubles, en la disciplina general del negocio jurídico sancionado por el código civil, como sucede, por ejemplo, para la formación del acuerdo, para la interpretación, para la representación, para la simulación, y para la nulidad.

Según la doctrina mayoritaria, el contrato de trabajo es un contrato oneroso que coincide con el ámbito del intercambio a título oneroso, donde el intercambio representa la causa contractual. De ello se desprende que el trabajo y la remuneración representan el objeto del contrato que, para ser válido y no anulable, debe ser posible (debe ser algo que existe o que puede llegar a existir), lícito (no contrario a las normas imperativas, al orden público y a las buenas costumbres), determinado o determinable (cuando se determinan la cantidad y la calidad, la cualificación, las obligaciones y las referencias de categoría). La forma es libre, lo que significa que el contrato también puede celebrarse y modificarse verbalmente o mediante la conclusión de hechos. El contrato se perfecciona por el acuerdo entre las partes que se obtiene cuando el consentimiento

Artículo

llega al proponente y generalmente es el trabajador quien acepta la propuesta del empresario.

V. LOS NUEVOS CONTEXTOS EN EL CAMPO DEL DERECHO LABORAL

Sin lugar a dudas desde la década de los 90 en que se introdujeron cambios sustanciales en el derecho laboral peruano, no se han producido cambios notorios en la parte medular de las relaciones jurídico laborales en nuestro país. El contexto de la denominada "flexibilización laboral" sigue marcando el derrotero de nuestro marco normativo relacionado. Pese a los cuestionamientos y a las críticas constantes respecto a mantener un ordenamiento jurídico en el campo del derecho del trabajo, es muy poco lo que nuestros legisladores han hecho para cambiar esta situación.

En síntesis, se requiere de una política jurídica laboral que busquen un mejor equilibrio en las relaciones de trabajo, pero sin tener que llegar a los extremos a los que no suelen aconsejar los sectores de la izquierda recalcitrante. Al respecto, es importante mencionar que, producto de los recientes eventos derivados de la pandemia por el COVID 19, han surgido una serie de nuevas necesidades y nuevas realidades en las relaciones laborales que requieren ser analizadas de la mano de los cambios tecnológicos producidos en los últimos años y que determine una nueva lectura del derecho del trabajo desde todo punto de vista, pues estamos frente, no sólo de un cambio más si no, de una verdadera revolución en todos los aspectos del derecho laboral que incluso, pone sobre el tapete de la discusión, la propia naturaleza de las relaciones laborales entre trabajador y empleador, por lo que podemos decir con toda seguridad, que los cambios a ser introducidos van a reconfigurar esa realidad social y jurídica.

Para un abogado laboralista, abordar las cuestiones derivadas de la disruptiva y rapidísima revolución industrial, provocada por las innovaciones tecnológicas digitales, conlleva la necesidad de reflexionar sobre las normas que rigen el mercado de trabajo y las

que regulan la relación, a fin de comprobar si el aparato normativo es capaz de hacer frente a la transformación en curso. La evolución tecnológica comúnmente denominada "Industria 4.0", a diferencia de las revoluciones industriales anteriores, no se limita a mejorar y hacer más productivas las actividades humanas flanqueándolas, sino que puede conducir a su sustitución o, en todo caso, implicar nuevas formas de sometimiento. El impacto disruptivo que la tecnología está destinada a tener, no sólo en los sistemas de producción sino en toda la economía industrial, no ha pasado desapercibido a las más altas instituciones de nuestro país. En este sentido, merece atención el uso de Internet en los procesos de producción. De este modo, asistimos a la creación de un modelo económico que contribuye a la deconstrucción de los sectores productivos tradicionales con la consiguiente ruptura de fronteras no sólo geográficas y sectoriales, sino también físicas que afectan directamente al lugar donde se desarrolla la actividad laboral. Los cambios en curso ya están repercutiendo en la evolución del empleo en el Perú. Entre los efectos de la pandemia, hay que señalar que se ha crecido en actividades caracterizadas por bajos niveles de cualificación y especialización y en aquellas que requieren altos niveles de profesionalidad, contribuyendo así a una polarización del mercado laboral peruano que se caracteriza por una pérdida de empleo en el segmento que requiere cualificaciones que podríamos definir como intermedias, es decir, de tipo rutinario/repetitivo y, por tanto, más fácilmente sustituibles por la automatización. A ello hay que añadir otras características derivadas de la innovación tecnológica destinada a cambiar el tejido productivo y el mercado de trabajo con la consiguiente desaparición de los elementos sobre los que se ha ido estructurando nuestro derecho laboral.

Nos encontramos ante fenómenos diferentes respecto de los cuales es difícil (y en todo caso poco relevante aquí) encontrar un denominador común y que, sin embargo, son capaces, en su conjunto, de alterar las reglas del juego tal y como han sido construidas y armonizadas por la legislación actual. Trataré de indicar aquellos fenómenos que considero más significativos. En

Artículo

primer lugar, es interesante señalar que la desestructuración de las formas tradicionales de trabajo favorece el encuentro directo entre la demanda y la oferta de servicios sin la intermediación de otros sujetos (por ejemplo, un empresario) que se encarguen de su comercialización, algo que supone, para quien utiliza los servicios, un menor coste y, para quien los ofrece, un importante grado de autonomía. De nuevo gracias a la tecnología, el rendimiento laboral puede coordinarse incisivamente con la organización de la empresa con un debilitamiento apreciable tanto del ejercicio del poder directivo como de las limitaciones de espacio y tiempo. Liberarse de las limitaciones de tiempo en particular (horario de trabajo), si por un lado puede significar que el trabajador haga un uso óptimo de su tiempo, por otro corre el riesgo de tener un impacto negativo en su tiempo no laboral, que podría verse mermado por la posibilidad, aunque sólo sea teórica, de sentirse, por así decirlo, siempre de servicio. Por último, hay que prestar atención al fenómeno, cada vez más extendido, de los servicios de trabajo autónomo, que se caracterizan bien por una marcada dependencia socioeconómica del colaborador con respecto al principal, bien, de nuevo, porque están regidos por entidades difíciles de controlar e identificar, como las plataformas digitales.

VI. CONCLUSIONES

El Derecho Laboral, como todo lo que tiene que ver con las ciencias jurídicas, está siempre en una constante dinámica evolutiva, principalmente motivada por los significativos cambios tecnológicos a los que estamos expuestos. En ese contexto, el tradicional enfoque sobre los aspectos esenciales y garantistas que se han desarrollado por parte de la legislación, la doctrina y la jurisprudencia, es y seguirá siendo el telón de fondo en el que las relaciones trabajador-empleador se tienen que seguir desarrollando. Sin embargo, no podemos mantener una postura sesgada con respecto a la necesidad de un planteamiento que aliente la inversión privada en donde la empresa es el núcleo dinamizador en la generación de ingresos y, por ende, de mayores puestos de trabajo.

Por tanto, lejos de ver este tema desde el plano de una dicotomía trabajador-empresario, se debe enfocar el asunto desde un plano de adecuación y ajuste a una realidad en la que ya no hay espacios para antinomias extremistas. Se debe proteger al trabajador, sí, pero también se tienen que generar los puentes de conciliación con los derechos de desarrollo de la empresa moderna. Ambos aspectos pueden coexistir si se generan esos nexos que permitan rediseñar las relaciones laborales, no sobre los arquetipos tradicionales, sino sobre un marco de mutuo entendimiento.

Por tanto, dicho contraste no puede resolverse eliminando uno de los dos términos en conflicto a la luz del criterio cronológico o del de especialidad y, con mayor razón, a la luz de las convicciones o aspiraciones políticas del intérprete teórico o decisorio. Aunque con el debido "equilibrio" se pudiera mitigar el principio de favor, existen, sin embargo, normas que refuerzan, en términos de derechos, la posición jurídica del trabajador dentro de la relación laboral. Entre ellas cabe destacar, en primer lugar, la prevista en el artículo 24 de la Constitución, relativa a la percepción de una remuneración proporcionada a la cantidad y calidad del trabajo realizado y, en todo caso, suficiente para asegurar al trabajador y a su familia una existencia libre y digna.

El juego al que está llamado a jugar el Derecho laboral es de especial importancia. De hecho, es más necesario que nunca, para preservar la centralidad y la autonomía del sujeto, que las normas laborales en su forma actual se adapten progresivamente a los cambios que se están produciendo, a fin de evitar que sean rebasadas por la realidad cambiante, no sigan el ritmo y se vean condenadas a la irrelevancia.

VII. REFERENCIAS

- Carby-Hall, J., Góral, Z. y Tyc, A. (2022). Discrimination and Employment Law: International Legal Perspectives. En *Discrimination and Employment Law: International Legal Perspectives*. Taylor and Francis. <https://doi.org/10.4324/9781003306962>
- Cherry, M. A. (2019). Contemplating new categories of

Artículo

- workers: Technology and the fissured workplace. En *The Cambridge Handbook of U.S. Labor Law for the Twenty-First Century* (pp. 168–178). Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/9781108610070.019>
- Chirinos, L. (2013). Políticas de empleo: entre el contrato de trabajo y la relación laboral. *Revista de Ciencias Sociales (Ve)*, XIX(1). <https://www.redalyc.org/html/280/28026467009/>
 - Cordova, E. y Rodríguez, M. (2021). Los derechos laborales en el Perú durante la emergencia sanitaria Covid-19. En *Los derechos laborales en el Perú durante la emergencia sanitaria Covid-19* (Número April). <https://doi.org/10.17993/ecoorgycso.2021.63>
 - Galvis, J. y Dacosta, A. (2007). *Derecho laboral colectivo*. Consejo Superior de la Judicatura de Colombia. http://library1.org/_ads/50A4BFDAB2ABAE8120B47FDE98D80648
 - Goldín, A. (2014). *El derecho del trabajo. Conceptos, instituciones y tendencias*. Ediar.
 - Higa, A. (2017). *La irrenunciabilidad de los derechos laborales*. Gaceta Jurídica Editores.
 - Jaramillo Jassir, I. D. (2015). *Derecho del trabajo en el posfordismo*. Editorial Universidad del Rosario. <https://es.scribd.com/book/314714994/Derecho-del-trabajo-en-el-posfordismo>
 - Lauzon, J. T. (2018). Araya v. Nevsun resources: Remedies for victims of human rights violations committed by canadian mining companies abroad. *Quebec Journal of International Law*, 2018(31.1), 143–169. <https://doi.org/10.7202/1065030ar>
 - Leal, A. A. F. y Massaú, G. (2021). Direct justiciability of economic, social, cultural and environmental rights in the inter-american court of human rights. *Brazilian Journal of International Law*, 18(1), 334–351. <https://doi.org/10.5102/rdi.v18i1.7309>
 - Méndez Cruz, J. R. y e-libro, C. (2009). *Derecho laboral un enfoque práctico*. McGraw-Hill Interamericana. http://library1.org/_ads/F3C04BD578A5E8FFE172FB6B2C5A909F
 - Sandri, S., Alshyab, N. y Sha'ban, M. (2022). The effect of digitalization on unemployment reduction. *New Medit*, 2022(4). <https://doi.org/10.30682/nm2204c>

- Toledo, O. (2020). El Decreto de Urgencia N° 016-2020 y la afectación a los principios del Derecho del Trabajo y a derechos constitucionales. *Soluciones Laborales*, 147, 21–34.
- Valderrama, L. (2019). El Derecho Laboral en la Jurisprudencia del TC. En *Derecho Laboral*. Gaceta Jurídica Editores.
- Villarán, L. F. y Ramos Núñez, C. A. (2016). *La Constitución peruana comentada*. Tribunal Constitucional del Perú, Centro de Estudios Constitucionales. http://library1.org/_ads/5D72E5416C5A36BC143EE2B61B5F68AE
- Vizúete, E. G. (2019). Legal characterization of the worker in new forms of employment: Reflections on the subjective scope of labour law. *E-Journal of International and Comparative Labour Studies*, 8(3), 1–19. <https://www.scopus.com/inward/record.uri?eid=2-s2.0-85074968104&partnerID=40&md5=f35a5095f7c9067fb45371ed22111ffb>

“EL DELITO DE INFRACCIÓN DEL DEBER Y EL TRATAMIENTO AL EXTRANEUS”

Autor (a) :

HECTOR MANUEL VILLALOBOS MENDOZA

Magistrado de la Corte Superior de Justicia de la Selva Central.

RESUMEN

En los delitos de Infracción del Deber, -en adelante DID-, solo los que tienen la cualidad especial que exige el tipo penal son considerados autores, siendo que en este tipo de delitos lo determinante para considerarlo “autor”, es la infracción al deber que el portador infringe.

El cómplice, no vulnera deber específico alguno; por ende, al no tener dentro de su parcela de administración de su rol, el deber específico que el tipo penal le exige, no vulnera el bien jurídica materia de protección. En ese sentido, su aporte será considerado a título de partícipe.

No existe consenso en relación a calificar el grado de participación del intraneus. Siendo que, en muchos casos, materia de pronunciamiento jurisdiccional; se le considera como cómplice primario o cómplice secundario. Calificación que es propia de la

Artículo

Teoría del Delito del Dominio del Hecho -en adelante TdDH-, y no de la Teoría de los DID, que es la más idónea para solucionar este tipo de casos.

Otro aspecto a tener en cuenta, es la determinación de la pena, que se le impone al partícipe. Al establecer su responsabilidad penal en los hechos cometidos, la pena que se le impone es la misma que al autor -Funcionario Público o Servidor Público-, a pesar que no infringe deber específico alguno.

PALABRAS CLAVE

Delito de Infracción del Deber. Funcionario Público. Particular. Complicidad.

ABSTRACT

In the crimes of Violation of Duty, -hereinafter DID-, only those who have the special quality required by the criminal type are considered perpetrators, being that in this type of crime the determining factor to consider it "perpetrator" is the violation of duty that the bearer infringes.

The accomplice does not violate any specific duty; therefore, by not having within his plot of administration of his role, the specific duty that the criminal type requires of him, it does not violate the legal right matter of protection. In this sense, his contribution will be considered as a participant.

There is no consensus in relation to qualifying the degree of intravenous participation. Being that, in many cases, a matter of jurisdictional pronouncement; he is considered either a primary accomplice or a secondary accomplice. Qualification that is typical of the Theory of the Crime of the Domain of the Fact -hereinafter

TdDH-, and not of the DID Theory, which is the most suitable to solve this type of cases.

Another aspect to take into account is the determination of the penalty, which is imposed on the participant. When establishing his criminal responsibility in the acts committed, the penalty imposed is the same as that of the author -Public Official or Public Servant-, despite the fact that he does not infringe any specific duty.

KEY WORDS

Crime of Violation of Duty. Civil servant. Particular. Complicity

ÍNDICE

I. Introducción. **II.** La Teoría del Dominio del Hecho. **III.** La Teoría del Delito de Infracción del Deber. **IV.** El Partícipe en los Delitos de Infracción del Deber. **V.** Conclusión. **VI.** Referencias Bibliográficas.

Artículo

I.- INTRODUCCIÓN

La considerable cantidad de funcionarios y servidores públicos, -en adelante FP o SP-, así como, particulares; investigados, procesados y sentenciados por delitos de corrupción de funcionarios, amerita enfocar y plantearse cómo se está resolviendo



por la judicatura, la responsabilidad penal del *extranei*. En ese sentido, para efectos de dar solución a la participación de particulares en la comisión del delito, se han planteado algunas teorías: *Teoría de la ruptura del título de imputación* y la *Teoría de la unidad del título de imputación*.

Casación N° 0782-2015, Del Santa¹², se indica, "El artículo 26, Código Penal (1991)¹³ recoge la tesis de la ruptura del título de imputación. Esto significa que, en los delitos especiales, el estatus del autor impide que se pueda imputar responsabilidad penal a otra persona distinta de él. La razón estriba en que los delitos especiales criminalizan conductas que sólo pueden desplegar ciertos sujetos, y de hecho el disvalor de la conducta está en función a esa condición especial que tiene la persona. Si lo que permite sancionar es esa condición particular del agente, todo aquel que no la tenga escapa al radio punitivo de la norma por aplicación del principio de legalidad.

¹² Sala Penal Permanente Casación N° 782 - 2015 DEL SANTA, Lima, miércoles seis de julio de dos mil dieciséis

¹³ Artículo 26, *Código penal, prescribe*: Incomunicabilidad en las circunstancias de participación

"Las circunstancias y cualidades que afectan la responsabilidad de algunos de los autores y partícipes no modifican las de los otros autores o partícipes del mismo hecho punible."

Abanto, M., (2014) señaló, que "La teoría de la *ruptura del título de imputación*. Según ella los tipos penales de delitos especiales solamente se referirán a los intranei; por lo tanto, los extranei solamente serían punibles sobre la base de los tipos penales comunes que concurren (cada uno responde por su propio injusto"¹⁴). Actualmente, la teoría de la ruptura del título de imputación, ha perdido considerable espacio y es raramente invocada y aplicada en la judicatura. Siendo seriamente cuestionada, Montoya (2015), señala, que "Esta teoría genera un efecto político-criminal negativo, ya que en aquellos delitos especiales tradicionalmente denominados "propios", la participación del extraneus sería siempre impune pues no habría un tipo penal común subyacente por el cual pudiera sancionarse¹⁵."

Por el contrario, la *teoría de la unidad del título de imputación*, se ha afirmado, para dar solución a este tipo de casos. Esta teoría para resolver la situación del "extraneus", sostiene lo siguiente¹⁶:

"A. Un mismo hecho no puede ser reputado bajo dos tipos penales diferentes.

B. El *extraneus* puede participar en delitos funcionariales y responderá por el injusto realizado por un autor que infringe el deber especial. Por tanto, la participación del *extraneus* no constituye una categoría autónoma de co-ejecución del hecho punible, sino que es dependiente del hecho principal. Esto es, no posee autonomía y configuración delictiva propia a pesar de que aquella toma parte en la realización de la conducta punible.

12. Desde esta posición subsidiaria, serán partícipes los que, sin infringir el deber, formen parte del hecho referido a la acción del infractor del deber —el hecho punible está unido esencialmente al

¹⁴ Abanto, M., (2014), "Dogmática Penal, Delitos económicos y delitos contra la administración pública", editora Jurídica Grigley, art. "Autoría y participación y la teoría de los delitos de infracción del deber", p.380.

¹⁵ Montoya, Y. (2015), "Manual sobre Delitos contra la Administración Pública", Open Society Foundations, Pontificia Universidad Católica del Perú, Primera Edición, Columbus S.R.L.. Recuperado de: <https://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2016/04/Manual-sobre-delitos-contra-la-administraci%C3%B3n-p%C3%BAblica.pdf>

¹⁶ Acuerdo Plenario 2-2011/CJ-116. VII Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanentes y Transitorias. ASUNTO: ALCANCES DE LA PRESCRIPCIÓN EN DELITOS FUNCIONARIALES, F.Jr.11 y 12

Artículo

autor y constituye una imputación única—. Esta posición guarda absoluta concordancia con el artículo 26 CP que regula las reglas de la incomunicabilidad de las circunstancias de participación [...] Esta fórmula ratifica la opción dogmática y jurisprudencial que sostiene la imposibilidad de la punibilidad del *extraneus* como autor de un delito de infracción de deber”.

Sin embargo, pese a ello, en la fundamentación de la responsabilidad y aplicación de la sanción al extraño, podemos advertir incongruencias en la aplicación de la dogmática penal y los principios que irradian los derechos fundamentales y la ley procesal penal.

La importancia de abordar el tema, justifica y exige la aplicación correcta de las instituciones dogmáticas en la solución de los conflictos. La necesidad de aplicar de manera adecuada la teoría de los delitos de infracción del deber en la solución de los casos; así como, en la determinación de la pena, imponer una pena conforme a sus circunstancias personales y que tenga como fin ser justa y como base la dignidad de la persona humana.

Consideramos que la discusión y el tema planteado es importante, pues se explicara, las teorías que abordan el tema. En alusión a ello, se demostrará que para fundamentar la participación del *extraneus*, como cómplice único, no existiría afectación del principio de legalidad y que es necesaria su fundamentación bajo los alcances de la teoría del delito de infracción del deber. Con los aportes dogmáticos y jurisprudenciales, además, se defenderá la necesidad de imponer una pena menor al cómplice en consideración a la que se impone al autor.

II. LA TEORÍA DEL DOMINIO DEL HECHO

Los investigadores del Derecho en el transcurso del tiempo han creado, bases, teorías, concepciones a fin de dar solución a los hechos y problemas reales que se presentaban, buscando la

solución más adecuada para resolver los conflictos. Siendo un tema complejo y de bastante debate, la autoría y participación.

Villavicencio (2007), en relación a la *teoría objetiva*; señala, que, “En estas teorías se da mayor importancia al desvalor del resultado pues se exige que haya una *afectación al bien jurídico*. Este criterio se apoya en un fundamento garantista de seguridad jurídica para el ciudadano, pues sólo se castiga procesos subjetivos que produzcan un resultado¹⁷”. En esa perspectiva, formula su crítica Villavicencio (2007), citando a Farré, E., que “La crítica que se ha formulado a la teoría objetiva se apoyan en las dificultades prácticas que existen para diferenciar entre acciones peligrosas y las que no lo son, de modo que no logran satisfacer las exigencias de seguridad jurídica de las que surgieron, además se ha resaltado especialmente en el caso de la tentativa inidónea las consecuencias injustas que esta posición plantea; sin embargo la verdadera causa del abandono de estas teorías objetivas se encuentra en la imposibilidad de explicar el injusto de la tentativa y no solo de la tentativa inidónea desde un punto de vista exclusivamente objetivo¹⁸”.

En aras de solucionar, los problemas que presentaba *la teoría objetiva material*, que fundamenta que la autoría se agota en la dominabilidad objetiva del curso de la realización típica del delito por el autor, no dando mayor importancia al elemento subjetivo, la voluntad del agente.

La *teoría subjetiva*, sostenía una “*excesiva subjetivación de los criterios determinantes de la autoría*¹⁹”, al establecer “una consideración meramente **subjetiva**, que no tome en cuenta la relevancia material del aporte objetivo al hecho por parte de los intervinientes en la realización del tipo, carece de fundamento legal

¹⁷ Villavicencio, F., (2007), “*Derecho Penal Parte General*”, Editora Jurídica Grijley, Segunda reimpresión, agosto 2007, pag.423.

¹⁸ Villavicencio, F., (2007), “*Derecho Penal Parte General*”, Editora Jurídica Grijley, Segunda reimpresión, agosto 2007, pag.424. Cita a FARRE TREPAT, Elena, (1986), “*La tentativa del delito (doctrina y jurisprudencia)*”, Bosch, Barcelona.

¹⁹ Caro, J. (2009). Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber, en Problemas fundamentales de la parte general del Código Penal. José Hurtado Pozo (Editor). Fondo Editorial de la PUCP y Universidad de Friburgo/Suiza. Lima, 2009. Pp. 87-106, Recuperado de: <https://drive.google.com/file/d/1tpBjW5hWd02SjHwt2YYvWyjyW76iOVK/view>

Artículo

de la autoría, pues desvincula a la 'voluntad del autor' del tipo²⁰". Bramont-Arias, L., (2008), citando al Profesor Quinter, G., señala: "El concepto subjetivo de autor, al no poder designar al partícipe mediante criterios objetivos, acude a lo subjetivo, de manera que **lo importante es el sentimiento de ser autor del hecho**, de tenerlo como propio y no como colaboración en el hecho de otro²¹"

A su vez, Roxin, C. (2000), en relación a las teorías subjetivas, señala: "Es común a las teorías subjetivas, el distinguir, en la delimitación entre autoría y participación, no según criterio objetivos situados en el mundo exterior, sino sólo intrapsíquicos, como la voluntad, la intención, los motivos y actitudes de los partícipes²²". En tal sentido, de manera puntillosa y certera, Villavicencio, F. (2007), citando a Mir Puig (2004), señala, que "Esta teoría pretende fundamentar la punición de los actos no consumativos en la *intención del sujeto*, es decir en su voluntad dañina. Faltando la lesión del bien jurídico, lo decisivo sería la dirección de la voluntad hacia dicha lesión en cuanto se manifiesta externamente²³. Es decir, lo determinante y fundamental es voluntad con la que se actúa, graficando para determinar la responsabilidad respecto al ánimo con la que se actúa, será autor si actúa con "*animus auctoris*" y será partícipe, quien actúa con "*animus socci*".

Al existir carencia para abordar y solucionar los casos, es que se desarrolla la "teoría del dominio del hecho", -en adelante TdDH- una teoría que toma en cuenta tanto lo subjetivo -la voluntad del actuante- como lo objetivo -el aporte exterior al hecho-.²⁴

²⁰ Wessels, J., Beulke, W., y Satzger, H., (2018), "*Derecho Penal – Parte General, El delito y su estructura*", 46ª. ed. Alemana, Instituto Pacífico S.A.C., Primera Edición, pág.362. Cfr. También Hardtung/Putzke, AT.n.m. 1329 y ss., 1376, quienes argumentan a favor de un concepto de dominio del hecho estrictamente normativo.

²¹ Bramont-Arias Torres, L., (2008), "*Manual de Derecho Penal – Parte General*". Editorial y Distribuidora de Libros S.A., Cuarta Edición, pág., 400. Cit. a Quintero, G., (1996), "*Curso de Derecho Penal – Parte General*", CEDECS Editorial, Barcelona, p.475.

²² Roxin, C., (2000), "*Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*", Marcial Pons, Ediciones Jurídicas Sociales, S.A., Séptima Edición, 1999, p.71.

²³ Villavicencio, F., (2007), "*Derecho Penal Parte General*", Editora Jurídica Grijley, Segunda reimpresión, agosto 2007, pág.424. Cita a MIR PUIG, 2004, p.337, núm.11.

²⁴ Caro, José (2009). Algunas Consideraciones sobre los Delitos de Infracción de Deber. Recuperado de: <https://drive.google.com/file/d/1tpBjW5hWd02SjHwt2YYvWyjyW76iOVK/view>

Roxin, C. (2000), refiere, que Welzel²⁵, enlaza por primera la idea del dominio del hecho con la doctrina de la acción, derivando de esta una “autoría final”, basada en el criterio del dominio del hecho. En relación a ello, es razonable sostener, “que sólo es autor aquél que realiza por propia mano o por medio de otro todos los elementos objetivos y subjetivos que configuran el tipo penal, es decir, aquel que tiene el dominio del hecho.²⁶”. En otras palabras, el autor tiene el dominio del hecho en la realización del delito, realiza el cómo, cuando, la realización típica del curso causal del delito.

Es indudable que este singular y visionario Jurista, Roxin, le ha dado un enorme impulso, contenido y ha construido un concepto de dominio del hecho. Es así, que, para la construcción y contenido, presenta “el Dominio del hecho como concepto de autor”; para desarrollar su posición, señala; *“Lo que significa que hay que encontrar un procedimiento con ayuda del cual quepa complementar en su contenido el concepto del dominio del hecho de una manera que por una parte dé cuenta de los cambiantes fenómenos vitales, y por otra parte también pueda alcanzar una gran medida de determinación. Además, debe permitir someter a una regulación generalizadora las formas básicas que aparecen una y otra vez en la multiplicidad de los grupos de casos, y al mismo tiempo ofrecer la posibilidad de valoración justa de los casos concretos que escapan a la normación abstracta.”*²⁷.

Wessels, J., Beulke, W., y Satzger, H. (2018) mencionan que, en relación a la teoría del dominio del hecho, refiere que, “se ha impuesto la teoría del dominio del hecho en sus diferentes manifestaciones, la cual resalta el concepto de ‘dominio del hecho’, compuesto de criterios objetivos y subjetivos, como principio

²⁵ Roxin, C., (2000), *“Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal”*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas Sociales, S.A., Séptima Edición, 1999, p.85. Cit. En sus “Studien zum System des Strafrechts”, zstw, t.58, 1939, pp. 491-566.

²⁶ Salinas, R. (2019), *“Delitos contra la Administración Pública”*, Quinta Edición, Editorial IUSTITIA S.A.C, p.14. Recuperado de: https://drive.google.com/file/d/1bL9nUAMpiBA9eN17A_yNOCwm1GZGplwj/view

²⁷ Roxin, C., (2000), *“Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal”*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas Sociales, S.A., Séptima Edición, 1999, p.388. Cit.Op.cit.,p. 146.

Artículo

fundamental para la delimitación entre autoría y participación²⁸. En tal sentido, **dominio del hecho** significa **‘mantener en las propias manos, abarcada por el dolo, el curso del hecho’²⁹**.

El recordado docente, Bramont-Arias, L., (2008), citando a Maurach, explica esta teoría: "(...) por dominio del hecho debe entenderse el doloso tener en las manos el curso del suceso típico" y agrega, "también este requisito, a pesar de basarse asimismo en el dolo, es de naturaleza objetiva: lo decisivo no es la simple voluntad del dominio del hecho (...) sino el voluntario moldeado del hecho³⁰". Además, refiere: "(...) De acuerdo a esta teoría, se puede calificar de autor al agente si:

1. La persona, sabe *el qué, el cómo y cuándo* se va a realizar el hecho delictivo. O si realiza la acción típica personalmente (dominio de la acción).
2. Si hace ejecutar el hecho mediante otro cuya voluntad, según parámetros jurídicos, no es libre, o que no conoce el sentido objetivo de la acción de su comportamiento o lo abarca en menor medida que el *hombre de atrás* o que es sustituible a voluntad en el marco de una maquinaria de poder organizada (dominio de la voluntad)³¹
3. Debe dar una contribución objetiva al hecho (dominio funcional del hecho).

²⁸ Wessels, J., Beulke, W., y Satzger, H., (2018), "*Derecho Penal – Parte General, El delito y su estructura*", 46ª. ed. Alemana, Instituto Pacífico S.A.C., Primera Edición, pág.360.

²⁹ Wessels, J., Beulke, W., y Satzger, H., (2018), "*Derecho Penal – Parte General, El delito y su estructura*", 46ª. ed. Alemana, Instituto Pacífico S.A.C., Primera Edición, pág.360. Cita a Maurach, AT, 4 ed. 1971, 49.II C 2; exhaustivamente, Maurach/Gössel/Zipf-Renzikowski, AT/2, 47 N.M. 85 y ss.

³⁰ Bramont-Arias Torres, L., (2008), "*Manual de Derecho Penal – Parte General*". Editorial y Distribuidora de Libros S.A., Cuarta Edición, pág., 400. Cit. a Quintero, G., (1996), "*Curso de Derecho Penal – Parte General*", CEDECS Editorial, Barcelona, p.475. Quintero, G., (1996), "*Curso de Derecho Penal – Parte General*", CEDECS Editorial, Barcelona, p.403. Cit. a Maurach, Reinhart, (1962), "*Tratado de Derecho Penal*", traducción y notas de Derecho Penal Español por Juan Cordoba Roda, T. II, Ediciones Ariel S.A., Barcelona, p.343.

³¹ Bramont-Arias Torres, L., (2008), "*Manual de Derecho Penal – Parte General*". Editorial y Distribuidora de Libros S.A., Cuarta Edición, pág., 403. Cit. a Roxin, Claus. Op.cit., p.334.

4. Si intervienen varias personas se tiene que dar un acuerdo previo a la realización del hecho delictivo (plan delictivo)³²".

Ahora bien, Roxin (2000) refiriéndose a Maurach, para él, el dominio del hecho es "el mantener en las propias manos abarcado por el dolo el curso del hecho típico³³". En similar sentido, Benavente, H., y Calderón, L., (2012), en relación a los delitos de dominio, "En los delitos de dominio la responsabilidad penal se configura por una organización defectuosa que infringe el deber negativo de no lesionar a otros. Esta organización defectuosa puede tener lugar por una organización individual o se producto de una organización conjunta. En este último supuesto se presenta una repartición del trabajo que vincula a los participantes y fundamenta, por tanto, que el injusto sea considerado una obra común³⁴".

Los órganos jurisdiccionales también se han pronunciado, la Primera Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima (2011), señaló: "(...) 67. La tesis de los delitos de infracción de deber se aparta, en relación a la accesoriedad, considerablemente de las conclusiones a las que se llega en relación a los delitos de dominio. En los delitos de dominio la figura central es el sujeto que domina el hecho, es decir, que lo puede conducir a la consumación y decidir sobre la misma.³⁵"

Es indudable, que esta teoría ha ganado un espacio importante para solucionar los casos, especialmente en aquellos delitos donde se protegen "derechos fundamentales". El derecho a la vida, el derecho a la salud, etcétera. Empero, en los casos en que el sujeto activo, sea un FP o SP -sujeto especial- como figura central -a decir de Roxin-

³² Bramont-Arias Torres, L., (2008), "*Manual de Derecho Penal – Parte General*". Editorial y Distribuidora de Libros S.A., Cuarta Edición, pág., 403.

³³ Roxin, C., (2000), "*Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*", Marcial Pons, Ediciones Jurídicas Sociales, S.A., Séptima Edición, 1999, p.71.

³⁴ Benavente, H., y Calderón, L., (2012), "*Delitos de corrupción de funcionarios*", *Gaceta Jurídica S.A.*, Primera Edición, p.36.

³⁵ Expediente N° 085-2008, sentencia emitida por la Primera Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima, Sentencia, Lima, 11 de enero de 2011, f.jr. 68, p.385. Recuperado de: https://idehpucp.pucp.edu.pe/images/documentos/anticorrupcion/jurisprudencia/sentencia_exp085-2008_11-01-2011_soteronavarro.pdf.

Artículo

no realiza respecto al bien jurídico de su protección, dominio sobre el hecho; pero lesiona o infringe su deber especial, no da una respuesta satisfactoria, siendo insuficiente para sustentar una sentencia.

III. LA TEORÍA DEL DELITO DE INFRACCIÓN DEL DEBER

El jurista que introdujo la categoría de los delitos de infracción del deber -en adelante DID- fue Roxin, en el año 1963. Según su planteamiento, "el centro de los delitos de infracción del deber lo constituye el deber especial del autor. Este deber no se refiere al deber general de respetar la norma y que afecta a todas las personas³⁶"; es decir, a distinción de la TdDH, no se construye sobre la base del "*neminem laede*". Sino sobre la base de la infracción del deber especial que ostenta o es portador el sujeto especial en el cumplimiento de su rol social que desempeña el sujeto en la sociedad³⁷. Será autor, aquel que realiza la conducta prohibida, quebrantando o contraviniendo su deber especial de carácter penal. La infracción del deber especial fundamenta la autoría.

Roxin, C., (2000), respecto a los delitos de infracción del deber, señala: "podemos considerar cierto que sólo un *intraneus* puede ser autor de los delitos de funcionarios. Examinando más de cerca el punto de vista determinante para la autoría en el ejemplo de partida se revela que no es la condición de funcionario ni tampoco la cualificación abstracta como director de la investigación lo que convierte a un sujeto en autor más bien es el deber específico (que se deriva de tener encomendada una concreta materia jurídica) de los implicados de comportarse adecuadamente cuya infracción

³⁶ Caro, J. (2010), "*Normativismo e imputación jurídico penal. Estudios de Derecho Penal Funcionalista*", ARA Editores, 1ª edición, p.70.

³⁷ Roxin, C., (2000), "*Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*", p.387, anteriormente señalaba: "que el elemento que decide la autoría es una infracción de un deber extrapenal; así lo precisa, que "el elemento que para nosotros decide sobre la autoría constituye una infracción de un deber extrapenal que no se extiende necesariamente a todos los implicados en el delito, pero que es necesaria para la realización del tipo."

consciente fundamenta la autoría³⁸. Puntualiza, posteriormente que, "el criterio determinante para la autoría reside en una infracción de deber³⁹".

A su vez, Wessels, J., Beulke, W., y Satzger, H.(2018), hace un recordatorio con respecto a los delitos de infracción del deber señalan; que "En los delitos denominados '**delitos de infracción de deber**', cuyo tipo requiere la existencia de una posición de deber, la posibilidad de la autoría depende de que quien actúa u omite actuar esté vinculado a un deber especial específicamente referido al tipo⁴⁰"

Habiendo sido materia de pronunciamiento en el Acuerdo Plenario 2-2011/CJ-116, se indica: "(...) 9°. El punto de partida dogmático está dado por la categoría de estos delitos: de infracción del deber. Actualmente, en la doctrina y la jurisprudencia se ha definido que existen tipos legales que requieren un dominio del autor para su construcción, como por ejemplo los delitos de robo agravado, homicidio calificado, estafa, tráfico ilícito de drogas, entre otros - denominados delitos de dominio-. Sin embargo, también existen tipos legales que excluyen el dominio para su configuración y se forman a partir de la infracción de un deber especial que le corresponde a la órbita del autor -característica intrínseca de los delitos cometidos por los funcionarios y servidores públicos-. El autor del delito -de infracción de deber- no puede ser cualquier persona, sino sólo aquel funcionario o servidor público que ocupa un status especial y mantiene una vinculación exclusiva con el injusto sobre la plataforma del deber que ostenta. La infracción del mismo lo convierte en autor, con independencia del dominio de la situación fáctica que no tiene ninguna trascendencia jurídica, pues el fundamento está construido por la posición que domina en relación al deber estatal que le corresponde: conducirse correctamente con lealtad y probidad en el ejercicio de la Administración Pública y con los bienes que se encuentran bajo su ámbito. En este espacio, por ejemplo, deberá disponer

³⁸ Roxin, C., (2000), "*Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*", Marcial Pons, Ediciones Jurídicas Sociales, S.A., Séptima Edición, 1999, p.386.

³⁹ Roxin, C., (2000), "*Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*", Marcial Pons, Ediciones Jurídicas Sociales, S.A., Séptima Edición, 1999, p.387.

⁴⁰ Wessels, J., Beulke, W., y Satzger, H., (2018), "*Derecho Penal – Parte General, El delito y su estructura*", 46ª. ed. Alemana, Instituto Pacífico S.A.C., Primera Edición, pág.362 y 363. Cita más profundamente Roxin, Schünemann-FS, p. 509; así como *Pariona-Schünemann-FS*, 469.

Artículo

correctamente del patrimonio estatal que administra. 10°. Por consiguiente, el funcionario o servidor público, en tanto en cuanto su responsabilidad penal se sustenta en la infracción del deber, siempre será autor del delito contra la Administración Pública, sin perjuicio –claro está– de los diferentes presupuestos que también se requieran para determinar la autoría de cada injusto, como por ejemplo en el delito de peculado, que exige además el vínculo funcional con el objeto.⁴¹".

En relación al pensamiento de Jakobs, lo denomina delitos de infracción del deber por competencia institucional. Desarrolla a diferencia de los *deberes en virtud de competencia de organización*, no sobre la base de la violación de los deberes generales de la organización de su libertad, sino sobre la violación u inobservancia de los deberes especiales que el sujeto portador de ese deber infringe en su actuar en su estatus especial. Se basa en instituciones positivas, cuando se posibilita la creación de un mundo en común; favorecer un mundo de bienestar, entre el sujeto activo, que es el portador del deber especial y los bienes puestos bajo la esfera de su protección o competencia.

Sánchez-Vera, J. (2007), discípulo de Jakobs, menciona que en relación al delito de infracción al deber, refiere que; "En estos delitos lo relevante no es –aunque lo halla– el dominio sobre un suceso, sino la infracción de un deber específico que sólo incumbe al autor, a saber, el deber impuesto por una institución positiva⁴²". Referente a las instituciones positivas, se sostiene, que el sujeto especial, portador de ese haz de atribuciones y competencias, no solo no debe causar daño o lesionar; sino también, respecto al bien jurídico, por el cual se encuentra vinculado, debe fomentar un mundo de bienestar, un mundo de protección.

⁴¹ Acuerdo Plenario 2-2011/CJ-116, VII Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanentes y Transitorias. Asunto: Nuevos alcances de la prescripción. Recuperado de: <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/8b2bb8004e4d420c8639ff294bc3482d/VII+PLENO+SUPREMO+PENAL+VER+SI%C3%93N+FINAL.pdf?MOD=AJPERES>

⁴² Sánchez-Vera Gómez, J., (2007), "Delito de Infracción del deber", articulado compilado en "El Pensamiento Filosófico y Jurídico-Penal de Günther Jakobs", Daza Gomez, Carlos, Flores Editor y Distribuidor; S.A. de C.V., Primera Edición, México 2,007, págs. 448.

Además, Jakobs (2007), menciona que **las competencias**, resalta; “las competencias no se ordenan sobre la base de bienes, sino a través de roles, es decir, a través de relaciones entre personas (aunque éstas, desde luego, sectorialmente pueden aparecer también como titulares de bienes), o, dicho en otras palabras, a través de determinadas expectativas normativas, es decir, a través de normas que no son, a su vez, bienes de personas individuales. Un orden social puede presentarse como orden de bienes de ámbitos muy restringidos, por el contrario, con carácter general –e incluyendo aquellos ámbitos–, se trata de un orden entre personas, en el que el bien, en parte, es decir, en los deberes positivos, es de una relevancia en todo caso secundaria. El Derecho penal protege la vigencia de la norma y sólo de modo mediato y parcial también bienes⁴³”

Una de las diferencias con el pensamiento de Roxin, es que la infracción del deber no solo fundamenta la autoría sino también fundamenta la imputación jurídico penal.

Caro, J.(2015), señala; “La posición de garante es un elemento común en los delitos de comisión y de omisión. La distinción entre acción y omisión sólo opera en el plano fenomenológico y no el del sentido normativo de lo penalmente relevante donde los conceptos de acción y omisión responden a una unidad estructural homogénea. Lo decisivo es el “sentido social del comportamiento para determinar el aspecto significativo que atribuye a esta conducta relevancia para el derecho penal⁴⁴”. En ese sentido, en la realización de este delito, no existe mayor distinción y puede realizarse mediante acción y omisión.

Que, ha perdido consenso a nivel nacional, uno de los fundamentos de la tesis de Jakobs, cuando, señala; “*sólo pueden ser atribuidos los*

⁴³ Jakobs, G., (2007), “¿Cómo protege el Derecho Penal y qué es lo que protege?”, articulado compilado en “El Pensamiento Filosófico y Jurídico-Penal de Günther Jakobs”, Daza Gómez, Carlos, Flores Editor y Distribuidor; S.A. de C.V., Primera Edición, México 2,007, págs. 14 y 15.

⁴⁴ Caro, J., (2015), “La autoría delictiva del Funcionario Público”, artículo compilado en IUS PUNIENDI. Sistema Integral. Ideas. Solución Integral, Año, I, Vol. II, Segundo Trimestre, pág. 37. Así LESCH, Heiko, “Intervención delictiva e Imputación Objetiva”, Bogota, 1995, p.70.

Artículo

*delitos de infracción de deber a aquellos que tienen competencias institucionales. Los demás intervinientes en el delito responderán por un delito común o de dominio o de organización, ya sea como autores o cómplices.*⁴⁵. Es decir, para solucionar el caso se tendría que recurrir a la *teoría de la ruptura del título de imputación*. Como consecuencia de decisiones controvertidas⁴⁶ se expidió el D. Leg. N°. 1351, que modifica, el artículo 25 del Código Penal: "(...) *El cómplice siempre responde en referencia al hecho punible cometido por el autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo legal no concurran en él*".

IV. EL PARTÍCIPE EN LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DEL DEBER

a. La Corte Suprema, ha establecido, que "*El autor del delito –de infracción de deber- no puede ser cualquier persona, sino sólo aquel funcionario o servidor público que ocupa un status especial y mantiene una vinculación exclusiva con el injusto sobre la plataforma del deber que ostenta.*⁴⁷" Habiendo establecido criterios a tener en cuenta para efectos de realizar el cómputo del plazo de prescripción, en razón a la calidad y diferente condición de los sujetos participantes. Siendo, que el FP o SP, al infringir el deber jurídico especial son merecedores del mayor reproche penal y como tal, él plazo de prescripción debe duplicarse, a distinción del particular, que no vulneran deber especial alguno.

b. En relación a la participación en los delitos de infracción del deber -en adelante DID- se habla en los espacios académicos, que se trata de una complicidad única. En relación a ello, Salinas, R., (2015), manifiesta; "*para la teoría de infracción del deber, todo aquel que sin tener el deber especial penal participa en la comisión de un delito contra la Administración Pública que comete un sujeto público con*

⁴⁵ https://drive.google.com/file/d/1bL9nUAMpiBA9eN17A_yNOCwm1GZGplwj/view Salinas, R. (2019), P.42.

⁴⁶ Casación N.º 782-2015-Del Santa.

⁴⁷ Acuerdo Plenario N° 2-2011/CJ-116, Asunto: NUEVOS ALCANCES DE LA PRESCRIPCIÓN,

*deber especial penal, será simplemente cómplice. Según la teoría de infracción del deber la complicidad es única*⁴⁸. A su vez, Pariona, R. (2014), señala; “La autoría se funda exclusivamente en la infracción del deber penal especial (...) el tercero, por el contrario, es solo un cómplice, pues interviene en el hecho sin tener un deber especial.⁴⁹”. El deber no conoce ninguna cuantificación, está referida más a una cuestión cualitativa que cuantitativa. El cómplice, no está investido de deberes especiales, como tal para determinar su responsabilidad, no se requiere la cuantificación de su aporte, sino su participación.

En relación a ello, se sostiene que la diferencia que hace el artículo 25 del Código Penal, respecto al aporte que se haya brindado al autor, es de aplicación a la teoría del dominio del hecho. Por el contrario, en el DID, se habla de complicidad única. Empero contradictoriamente, en algunas resoluciones emitidas por la judicatura⁵⁰, se condenó a los que participaron en la comisión del delito, en calidad de cómplices necesarios⁵¹. Asumiendo, la TdDH, para resolver un caso de DID. Fundamentación que no es lógica, ni corresponde con la institución desarrollada.

b. En relación a determinar la pena del cómplice, considerando que no infringe o lesiona ningún deber especial, le debería corresponder una pena menor que la del autor. Según Sánchez-Vera, J. (2004) menciona que *la complicidad y la aminoración de la pena*, que “*doble aminoración de la pena del extraneus participe en un delito de infracción del deber. (...) por un lado, la propia del partícipe como*

⁴⁸ Salinas, R., (2015), “*Delitos contra la Administración Pública. La Teoría de la Infracción del Deber en la Jurisprudencia Peruana*”, artículo compilado en IUS PUNIENDI. Sistema Integral. Ideas. Solución Integral, Año, I, Vol. II, Segundo Trimestre, pp. 14 y 15.

⁴⁹ Pariona A., Raúl, (2014), “*Derecho Penal, Consideraciones Dogmáticas y político-criminales*”, Primera edición, Instituto Pacifico S.A.C., p.122.

⁵⁰ **R.N.N° 3067-2006, Apurímac**, se indica: “(...) si los ubica en calidad de cómplices necesarios o primarios, debido a que sin su aporte voluntario y consciente no se hubiese realizado el egreso ilícito por la suma indicada”; **R.N.N° 556-2007, Ancash**, “(...) que condena a los encausados (...) como co-partícipes primarios del delito contra la Administración Pública – colusión desleal”; **CASACIÓN N.° 102-2016**, Lima, “Sumilla: La complicidad en el delito de peculado se da desde la etapa de preparación del hecho hasta antes de la consumación, siendo el cómplice primario (o necesario) aquel que desde dicha etapa aporta al hecho principal, una contribución sin la cual el delito no hubiera sido posible de cometer; estando compuesto por dos elementos,(...)”, **Casación N.° 1546-2019, Piura, Expediente N° 016-2001**, Segunda Sala Penal Especial – Corte Superior de Justicia de Lima, caso de la Caja de Pensiones Militar-Policial.

⁵¹ Sentencia Apelación N°. 18-2018, San Martín, se indica: “(...) **CONFIRMARON** la sentencia de primera instancia (...) que condenó a Normando Mozombite Mendoza y Víctor Rolando Llanos Tello como cómplice primario al primero y como autor del delito de cohecho pasivo específico en agravio del Estado a siete y ocho años de pena privativa de libertad”

Artículo

extraneus, esto es, como interviniente que no está obligado positivamente por una institución positiva. La otra, puede venir determinada, atendiendo al *quantum* de la intervención realizada (...) ⁵². Asimismo, Salinas, R., (2017), respecto a la pena del cómplice primario, enfatiza que "el cómplice también participa en la comisión del mismo delito, pero sin infringir deber especial alguno debido a que no lo tiene. La conducta del autor merece mayor pena que la conducta del cómplice ⁵³". En similar sentido, Abanto, M., (2014) señala, que "por razones de justicia, la pena para los extranei, incluso si solamente son partícipes del delito especial, debería tener un marco penal menor, correspondiente a su condición de extranei sin el deber específico ⁵⁴".

Cabe considerar, que el Derecho penal equivaldría a un 'Derecho constitucional aplicado' en donde los valores de la Constitución, cobran singular fuerza. Siendo ello, la pena tiene su correlación en el mayor grado de reprochabilidad que tiene el autor, por tener la calidad de un sujeto especial. En contraposición, al particular que no es portador de deber especial alguno, esto tendría su correlato no sólo en los principios de proporcionalidad y razonabilidad, sino también, que "la pena justa es la pena adecuada al grado de culpabilidad o responsabilidad del imputado. ⁵⁵"

⁵² Sánchez-Vera Gómez, J., (2007), "*Delito de Infracción del deber*", articulado compilado en "*El Pensamiento Filosófico y Jurídico-Penal de Günther Jakobs*", Daza Gómez, Carlos, Flores Editor y Distribuidor; S.A. de C.V., Primera Edición, México 2,007, pp. 464 y 465.

⁵³ Salinas, R., (2017), "*La Teoría de Infracción de deber en los delitos de corrupción de funcionarios*". Nuevos apuntes respecto a la complicidad en el Código Penal, Actualidad Penal, Instituto Pacifico, octubre 2017, Numero 40, p.114. Esta tendencia incluso es predominante en España. Al respecto Véase RUEDA MARTÍN, "Reflexiones sobre la participación de extraños en los delitos contra la administración pública", art. cit.p.152

⁵⁴ Abanto V., Manuel, (2014), "*Dogmática penal, Delitos económicos y delitos contra la administración pública*", Editora y Librería Jurídica Grijley, p.399. En similar sentido, Alonso R. Peña Cabrera. La Punibilidad de la Participación del Extraneus en el Delito Especial Propio: La Unidad del Título de Imputación. Gaceta Penal & Procesal Penal. Tomo 89. noviembre 2016, p. 111, se indica: "Inmersos en una cultura jurídica muy positivista, donde algunos operadores jurídicos para poder aplicar una institución requieren de la literalidad normativa, se sugiere una reforma penal del Código Penal vigente, en el que se señala que cuando el **instigador o el cómplice acrecen de la condiciones, relaciones y características que sostengan la punición del autor, la pena podrá ser disminuida prudencialmente**. Así se cerraría la discusión teórica y jurisprudencial para asumir un criterio uniforme en la judicatura, coherente con los criterios dictados de un orden democrático de Derecho (...)".

55

V. CONCLUSIÓN

- a.** En la determinación de la responsabilidad penal del particular que participa en el delito, debe ser sobre la base de la institución de la complicidad o complicidad única -desarrollada en el delito de infracción del deber-.
- b.** Una correcta aplicación de las instituciones dogmáticas del Derecho penal, exige en aras de no incurrir en incongruencias, que se justifique y fundamente las decisiones desde la perspectiva o teoría que es utilizada para resolver, tanto para el *intraneus* como para el *extranei*.
- c.** El cómplice al no infringir o lesionar deber especial alguno, la pena a imponer, debe ser teniendo en consideración esta particularidad. Con mayor consideración, que, el sujeto especial, tiene un mayor grado de reprochabilidad por infringir su deber especial.
- d.** Para graduar la pena del cómplice; no sólo deba considerarse, que no es portador de una institución positiva o un deber especial; sino también, del aporte que habría realizado en el delito.

VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

Abanto V., Manuel, (2014), "*Dogmática penal, Delitos económicos y delitos contra la administración pública*", Editora y Librería Jurídica Grijley, p.399.

Acuerdo Plenario 2-2011/CJ-116, VII Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanentes y Transitorias. Asunto: Nuevos alcances de la prescripción. Recuperado de: https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/8b2bb8004e4d420c8639ff294bc3482d/VII+PLENO+SUPREMO+PENAL_VERSI%C3%93N+FINAL.pdf?MOD=AJPERES

Benavente, H., y Calderón, L., (2012), "*Delitos de corrupción de funcionarios*", *Gaceta Jurídica S.A.*, Primera Edición, p.36.

Artículo

Bramont-Arias Torres, L., (2008), *“Manual de Derecho Penal – Parte General”*. Editorial y Distribuidora de Libros S.A., Cuarta Edición, pág., 400. Cit. a QUINTERO, G., (1996), *“Curso de Derecho Penal – Parte General”*, CEDECS Editorial, Barcelona, p.475. QUINTERO, G., (1996), *“Curso de Derecho Penal – Parte General”*, CEDECS Editorial, Barcelona, p.403. Cit. A MAURACH, Reinhart, (1962), *“Tratado de Derecho Penal”*, traducción y notas de Derecho Penal Español por Juan Córdoba Roda, T. II, Ediciones Ariel S.A., Barcelona, p. 334- 403- 343.

Caro, J. (2010), *“Normativismo e imputación jurídico penal. Estudios de Derecho Penal Funcionalista”*, ARA Editores, 1ª edición, p.70.

Caro, J., (2015), *“La autoría delictiva del Funcionario Público”*, artículo compilado en IUS PUNIENDI. Sistema Integral. Ideas. Solución Integral, Año, I, Vol. II, Segundo Trimestre, pág. 37. Así LESCH, Heiko, *“Intervención delictiva e Imputación Objetiva”*, Bogotá, 1995, p.70.

Expediente N° 085-2008, sentencia emitida por la Primera Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima, Sentencia, Lima, 11 de enero de 2011, f.jr. 68, p.385. Recuperado de: https://idehpucp.pucp.edu.pe/images/documentos/anticorrupcion/jurisprudencia/sentencia_exp085-2008_11-01-2011_soteronavarro.pdf.

Jakobs, G., (2007), *“¿Cómo protege el Derecho Penal y qué es lo que protege?”*, articulado compilado en *“El Pensamiento Filosófico y Jurídico-Penal de Günther Jakobs”*, DAZA GOMEZ, Carlos, Flores Editor y Distribuidor; S.A. de C.V., Primera Edición, México 2,007, págs. 14 y 15

Montoya, Y. (2015), "Manual sobre Delitos contra la Administración Pública", Open Society Foundations, Pontificia Universidad Católica del Perú, Primera Edición, Columbus S.R.L.. Recuperado de: <https://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2016/04/Manual-sobre-delitos-contra-la-administraci%C3%B3n-p%C3%BAblica.pdf>

Reyna, M., *"Individualización judicial de la pena Notas al estilo Twitter"*, p.47. Artículo publicado en Gaceta Penal & Procesal Penal, Tomo 78, diciembre 2015, Gaceta Jurídica.

Roxin, C., (2000), *"Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal"*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas Sociales, S.A., Séptima Edición, 1999, p.386.

Salinas, R., (2017), *"La Teoría de Infracción de deber en los delitos de corrupción de funcionarios"*. Nuevos apuntes respecto a la complicidad en el Código Penal, Actualidad Penal, Instituto Pacifico, octubre 2017, Numero 40, p.114.

Salinas, R., (2015), *"Delitos contra la Administración Pública. La Teoría de la Infracción del Deber en la Jurisprudencia Peruana"*, artículo compilado en IUS PUNIENDI. Sistema Integral. Ideas. Solución Integral, Año, I, Vol. II, Segundo Trimestre, pp. 14 y 15.

Sánchez-Vera Gómez, J., (2007), *"Delito de Infracción del deber"*, articulado compilado en *"El Pensamiento Filosófico y Jurídico-Penal de Günther Jakobs"*.

Pariona, Raúl, (2014), *"Derecho Penal, Consideraciones Dogmáticas y político-criminales"*, Primera edición, Instituto Pacifico S.A.C., p.122.

Sánchez-Vera Gómez, J., (2007), *"Delito de Infracción del deber"*, articulado compilado en *"El Pensamiento Filosófico y Jurídico-Penal de Günther Jakobs"*, DAZA GOMEZ, Carlos, Flores Editor y Distribuidor; S.A. de C.V., Primera Edición, México 2,007, págs. 448.

Wessels, J., Beulke, W., y Satzger, H., (2018), *"Derecho Penal – Parte General, El delito y su estructura"*, 46^a. ed. Alemana, Instituto Pacifico S.A.C., Primera Edición, pág.362 y 363. Cita más profundamente Roxin, Schünemann-FS, p. 509; así como Pariona-Schünemann-FS, 469.

Villavicencio, F., (2007), *"Derecho Penal Parte General"*, Editora Jurídica Grijley, Segunda reimpresión, agosto 2007, pág.424. Cita a MIR PUIG, 2004, p.337, núm.11.

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

El texto debe presentarse sin interlineado, letra estilo Times New Roman, tamaño 12, en hoja A4, con márgenes de 2,5 cm y páginas numeradas consecutivamente. No se deben usar negritas, subrayado, viñetas ni margen justificado; letra itálica sólo para palabras en otro idioma. Las viñetas deben indicarse con guión medio.

Los autores deben identificarse de la siguiente manera: primer nombre, inicial del segundo (optativa) y apellido/s.

La responsabilidad por el contenido de los artículos es de los autores.

Resumen y Palabras clave

Se incluirá el Resumen y las Palabras Clave en idiomas castellano e inglés (*Abstract* y *Key words*). El Resumen deberá contener la siguiente información: contexto o antecedentes del estudio, objetivos, procedimientos básicos (selección de sujetos, métodos de observación o medición, etc.), resultados relevantes con sus medidas estadísticas (si corresponde), el tipo de análisis y las principales conclusiones.

Introducción

En esta sección se recomienda presentar los antecedentes del estudio, la naturaleza, razón e importancia del problema o fenómeno bajo estudio.

En los estudios cualitativos, se recomienda incluir con subtítulos el marco teórico o conceptual que guía el estudio y explica cómo los autores posicionan al mismo dentro del conocimiento previo. La Introducción también debe contener los propósitos, objetivos y las hipótesis o supuestos de trabajo.

Las conclusiones deben estar directamente relacionadas con los datos obtenidos y se deben evitar afirmaciones que no se desprendan directamente de éstos.

Se recomienda presentar los hallazgos más importantes y ofrecer explicaciones posibles para ellos, exponiendo los alcances y las limitaciones de tales explicaciones y comparando estos resultados con los obtenidos en otros estudios similares.



Instituto de Capacitación y Desarrollo – ICADE

Av. Tacna 329 – Of. 1102 – Cercado de Lima

Teléfono: (01) 4262989/ CEL.996797582

Web: www.icade.com.pe

Email: icade_capacitacion@hotmail.com