CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LAMBAYEQUE

IPSO JURE

AÑO I Nº 2 AGOSTO 2008

REVISTA VIRTUAL

POR UNA MEJORA EN LA CALIDAD DEL SERVICIO DE ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

PRESENTACIÓN

Lectores amigos:

Nuestras primeras palabras sean de gratitud a DIOS, por permitirnos estar en la ruta de la Magistratura y la comunicación con dirección al bien común de la patria.

Asimismo, gracias, por la obvia acogida a esta producción virtual, por parte de todos ustedes, personal e institucionalmente, cuya primera edición, con evidente acierto, la supimos dedicar a esta Corte lambayecana, con ocasión del 87° aniversario de su instalación.

En esta segunda oportunidad, estamos aquí, en cumplimiento del deber y la satisfacción que de él emana, a saber, con pleno convencimiento que se ha trabajado y se dedica a resaltar una fecha nacional con profundidad y acento en la justicia: el “Día del Juez”.

Sé del entusiasmo y esfuerzo de la Dirección y colaboradores de la Revista Virtual “IPSO JURE”, quienes en esta nueva entrega, giran en torno al espíritu latente de la institución de dicha fecha- 4 de agosto- destinada a “ resaltar la misión y contribución de los jueces como hombres y juristas en la construcción de una patria en paz, democracia y libertad”.

Y por supuesto, en cada uno de nosotros, también a reflexionar sobre los principios y virtudes del Magistrado peruano, así como de temas que nos permitan mejorar el servicio que brindamos. Es nuestro propósito que cuanto más oportuno, eficaz y eficiente sea, más nos permitirá fortalecernos como profesionales e institución rectores que la región y el país requiere, al unísono de los retos de la modernidad globalizada, cimentar sobre sólidas bases la impartición de justicia, y de paso, rescatar y asumir la tarea de recobrar el reconocimiento de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, la cual siempre ha estado a la vanguardia del desarrollo de la actividad jurisdiccional en el país, conforme lo he sostenido en más de una ocasión.

En virtud de lo dicho y en nombre de la institución que integro y presido, saludo y agradezco por todo cuanto encierra y significa la presente edición, a la vez que también exhorto a proseguir con este profesional, ilustrativo y necesario aporte, en la seguridad de su valor en la forja de un Poder Judicial, donde sin desmerecer el recurso material, el humano (jueces, trabajadores y justiciables)sea de primer orden, acorde a la voz y alma de nuestra propia Constitución y el sentir de todos los peruanos.

Finalmente, caros lectores nuestros, os invito a sumarse formulando votos por la vigencia de los grandes principios y virtudes de la Magistratura nacional, y por las banderas de la lealtad, veracidad, probidad, independencia, imparcialidad, diligencia, decoro, rectitud y firmeza, que ellas flameen alto, alto y alto conforme a la voz y corazón del pueblo y de la patria.

DR. JIMMY GARCIA RUIZ
Presidente

PRIMER CONSEJO DIRECTIVO DE LA REVISTA IPSO JURE

- Dr. Jimmy García Ruiz, Presidente de Corte y Presidente del Consejo Directivo de la revista.
- Dr. Edwin Figueroa Gutarra, director de la revista y representante de los Vocales Superiores.
- Dra. Carmen Ravines Zapatel, en representación de los señores Jueces Civiles.
- Dr. Oscar Burga Zamora, en representación de los señores Jueces Penales.
- Dra. Paola Alvarado Tapia, en representación de los señores Jueces de Paz Letrados.

Auxiliares jurisdiccionales de apoyo:

- Dras. Jovanny Vargas Ruiz y Esmeralda Carlos Peralta.

INDICE

PRESENTACIÓN 2

PALABRAS DEL DIRECTOR 5

DISCURSO DEL VOCAL DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LAMBAYEQUE DOCTOR JUAN RODOLFO ZAMORA PEDEMONTE, PRONUNCIADO POR EL DÍA DEL JUEZ: 04 DE AGOSTO DEL AÑO 2007. 7
JUAN ZAMORA PEDEMONTE

PERSONAL JUDICIAL Y EL SISTEMA DE JUSTICIA 10
CARLOS SILVA MUÑOZ

LA TENTATIVA EN LA COAUTORÍA 14
DANIEL MEZA HURTADO

LA RECONVERSIÓN DE PROCESOS CONSTITUCIONALES 18
EDWIN FIGUEROA GUTARRA

LA CULPABILIDAD EN MATERIA PENAL 20
PEDRO LARA BENAVIDES

EL ERROR DE PROHIBICIÓN O COMPRENSIÓN CULTURALMENTE CONDICIONADO Y SU TRATAMIENTO JUDICIAL EN LOS DELITOS DE VIOLACIÓN SEXUAL. 23
MARÍA DEL CARMEN CORNEJO LOPERA

ACERCA DE LA DETENCIÓN DOMICILIARIA 37
MARÍA BETTY RODRÍGUEZ LLONTOP

ACERCA DE LA FIRMEZA DEL AUTO APERTORIO DE INSTRUCCIÓN 46
ERWIN GUZMÁN QUISPE DÍAZ.

EL DERECHO DE LOS MAYORES DE EDAD A PEDIR ALIMENTOS AL AMPARO DEL ARTÍCULO 415 DEL CÓDIGO CIVIL. 50
PATRICIA DEL CARMEN VALLEJOS MEDINA

CARACTERÍSTICAS PARTICULARES DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL AMPARO 53
LITA REGINA PAOLA ALVARADO TAPIA

"EL CARÁCTER INOFICIOSO DE LA PRETENSIÓN PROCESAL DE MEJOR DERECHO A LA PROPIEDAD" 61
LORENZO MARTÍN HUAMÁN VERA

EL ABUSO DEL DERECHO Y LA LABOR DEL MAGISTRADO 64
GUSTAVO RAFAEL JÁUREGUI FLORES

¿PODER IRREVOCABLE O CONTRATO DE MANDATO? 75
HAROLD ORTIZ CARRASCO

EL PRINCIPIO DE PRIMACÍA DE LA REALIDAD 77
ESMERALDA GUISSELA CARLOS PERALTA

EL MINISTERIO PÚBLICO Y LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN INMEDIATA 79
CECILIA MERCEDES SÁNCHEZ GARCÍA

PALABRAS DEL DIRECTOR

Nos honra en esta fecha especial presentar nuestro segundo número de la revista electrónica ***IPSO JURE*****,** ocasión en la cual celebramos el Día del Juez y tenemos la convicción de que una forma positiva de recordar el advenimiento de esta fecha es dando cabida a las inquietudes académicas de nuestros Magistrados y auxiliares.

¿ Cuán importante resulta hoy poner de relieve la figura del Juez? Creemos que mucho. Estimamos que hoy se ha superado largamente la figura del Juez de Montesquieu cuya única potestad era ser " *la bouche de la loi*"(la voz de la ley), para hoy en día asumir la posición de un Juez intérprete, también creador de reglas e innovador bajo la potestad del *iura novit curia*, mas evidentemente sujeto al Estado Constitucional que bajo la óptica de Luigi Ferrajoli, privilegia el respeto irrestricto de los derechos fundamentales de la persona vía su positivización. Atrás quedó la figura de que si el Juez se apartaba de la ley, podía ser inclusive encarcelado por no respetar el sentido estricto de la norma.

En su momento la Francia napoleónica y la elevación de la ley a categoría única de expresión de los derechos de los ciudadanos, significaron una seria restricción de toda potestad del Juez, quien si inclusive dudaba respecto a la aplicación de la ley, quedaba obligado a la aplicación del denominado *referé* legislativo, mecanismo a través del cual si no era directamente aplicable una ley a un caso concreto, entonces el Juez debía remitir el proceso al legislador, a fin de que éste se pronunciara sobre el sentido estricto que se le debía dar a la norma. Así la ley solo significaba la transposición trasnochada de la concepción del logos matemático a la realidad. El silogismo jurídico no podía ser interpretado en modo alguno, solo debía ser aplicado y como queda dicho, apartarse de la estricta aplicación de la ley, daba lugar a severas sanciones en contra del Magistrado, el cual resultaba seriamente disminuido en sus funciones.

Hoy pretendemos privilegiar la posición de un Magistrado creador e innovador de la ley, el mismo que frente a las antinomias y lagunas del ordenamiento jurídico, debe asumir la posición activa de dar solución concreta a los problemas a través de los métodos de resolución de las incompatibilidades e incoherencias de las normas y por supuesto, aplicando los mecanismos de autointegración y heterointegración contra los vacíos de la norma, resolviendo lagunas en la solución de conflictos vía los principios generales del derecho, caso en el cual autointegra, o aplicando doctrina extranjera, circunstancia en la cual recurre a la heterointegración. Conforme inclusive sustenta con fuerza Eugenio Buligyn, los Jueces aún no creando estrictamente derecho, sí somos creadores de reglas al interior de los procedimientos y ello conlleva una doble trascendencia: sustantiva, por cuanto el Juez es realmente intérprete de la norma, y adjetiva, en razón de que a los procesos, por más complejos que sean, les asiste una necesaria solución. Es decir, aún siendo las normas derrotables, entendiendo esta figura como configuración de excepciones en la aplicación de la norma, el Juez debe buscar una solución objetiva al conflicto, vía la expresión de una decisión concreta.

Y dicha decisión, en el Estado Constitucional de hoy, está rodeada de todas las garantías que conciernen al debido proceso. En un Estado que privilegia a la *Lex Legum* como norma de normas, el debido proceso está pues conformado por derechos fundamentales cuya observancia resulta ineludible, siendo ellos: el contenido constitucional propiamente dicho del debido proceso, el control constitucional de la investigación preliminar y el derecho a contar con el tiempo y los medios suficientes para

la preparación de la defensa, el derecho a la defensa y a la asistencia letrada, el derecho fundamental a la tutela cautelar, el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales y la importancia de la argumentación jurídica en el Estado Constitucional, el derecho a la prueba y la interdicción de la prueba ilícita, el derecho a la cosa juzgada y el derecho a no ser sancionado y procesado dos veces por el mismo delito y el derecho a la efectividad de la ejecución de las sentencias. Dichas garantías en conjunto son también un límite objetivo a los excesos del Juez y por tanto, el decisor racional debe ser respetuoso de las reglas constitucionales. Como decía Hans Reichenbach, el Juez podrá ser un jugador racional que hace una apuesta conociendo bien las leyes de la probabilidad, mas su sentido democrático y constitucional traducido en reglas esenciales de labor diaria, le instarán a respetar los derechos de las personas al decidir sobre sus causas.

Consecuentemente, el Juez no puede excederse en sus decisiones. El Juez creador entonces interpreta e innova pero las garantías antes referidas actúan como elementos de filtro que permiten deducir e inferir con validez si una decisión es equilibrada y se ajusta a derecho. Entonces el Juez debe motivar adecuadamente sus decisiones para legitimarse ante la sociedad, y al Juez le es exigible respetar los límites de una adecuada justificación interna y externa, es decir, debe aplicar la lógica en sus resoluciones y debe evitar decisiones contradictorias. A su vez, el Juez debe proceder, al resolver conflictos, a desarrollar un correcto ejercicio de argumentación jurídica, y una vez definidos dichos argumentos, debe interpretar la norma aplicando métodos de interpretación que se sujeten al Estado Constitucional. Finalmente, debe tener lugar una debida motivación de sus decisiones para que las partes interesadas en un proceso judicial, sepan que el Juez ha trabajado correctamente y ha ceñido su decisión a los principios fundamentales que caracterizan a un Estado Democrático y Social de Derecho, cuya faceta hoy es la de un Estado Constitucional.

Es entonces importante concluir que el Juez resulta ser un ciudadano cuyos deberes y responsabilidades son *sui generis* y que por lo tanto, para la debida asunción de sus tareas, necesita de una intensa capacitación, siendo faceta de ésta también su producción intelectual. Esta revista es solo un modesto medio de coadyuvar a dichos fines y la respuesta de Magistrados y trabajadores ha resultado entusiasta. Lambayeque entonces apunta a sentar las bases para una doctrina nacional en esta zona del país, cuya expresión objetiva pretende ser nuestro trabajo, hoy en sus manos.

El Director

DISCURSO DEL VOCAL DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LAMBAYEQUE DOCTOR JUAN RODOLFO ZAMORA PEDEMONTE, PRONUNCIADO POR EL DÍA DEL JUEZ: 04 DE AGOSTO DEL AÑO 2007.

DR. JUAN ZAMORA PEDEMONTE
VOCAL SUPERIOR

Hoy se celebra en nuestro país, el día del Juez, fecha de profundo significado social, que debe invitarnos a reflexionar a quienes tenemos la responsabilidad de impartir Justicia, valor supremo en el que se subsumen los demás valores y que ULPIANO, uno de los grandes Jurisconsultos Romanos, definió como la "CONSTANS ET PERPETUA VOLUNTAS IUS SUUM CUIQUE TRIBUERE"; es decir, como la "constante y perpetua voluntad de dar a cada uno lo que es suyo". Tal reflexión, debe permitirnos a los Magistrados del Poder Judicial evaluar y conocer, si estamos cumpliendo o no a cabalidad con el rol que nos asignan la Constitución y las Leyes de la República y con el fin de subsanar los errores en que podamos estar incurriendo, pues "errarum humanum est", pero entiéndase muy claramente que digo: errores, no me refiero en consecuencia, a actos dolosos, los que de por sí, despojan a quienes incurren en ellos, de toda autoridad moral para ejercer el cargo.

Pero esta fecha, Señoras y Señores, no sólo es importante para los **Jueces** sino también para la Colectividad; mejor dicho, para el pueblo de quien emana el poder de impartir Justicia, conforme lo establece nuestra Carta Fundamental, por que hoy se rinde homenaje, a quien es garante de la tutela de todos sus derechos, como el derecho a la vida, a la libertad, al honor, al trabajo, a la propiedad, etc. así como de la seguridad jurídica, sin la cual no puede tener vigencia un Estado de Derecho; sin embargo, es evidente que por el maltrato que históricamente ha tenido que afrontar el Poder Judicial, se ha provocado contra éste un sentimiento popular de animadversión, situación ante la cual, debemos responder actuando con idoneidad, con probidad y con eficacia, en el ejercicio de nuestra función, para así desvanecer ese concepto negativo que nos afecta injustamente.

Digo injustamente, pues: **¿Cómo** se puede aprobar o desaprobar válidamente el desempeño de nuestra función y por ende la del Poder Judicial, si no se conoce **Cuál es su naturaleza, Cuál es su razón de ser?**; es decir, si no se conoce bien que es distinta y distante de las demás funciones públicas, sino se conoce bien que su razón de ser es especial y exclusiva y que tiene como finalidad materializar el valor de Justicia, sin la cual no existe paz.

Debemos entonces difundir en la Colectividad el rol que desempeñamos como **Jueces**, pues en la medida que el pueblo conozca de nuestra función y si la cumplimos o no con eficacia, nos ganaremos o no su aceptación, nos ganaremos o no su respeto, nos ganaremos o no su admiración.

Como Magistrados, debemos expresar nuestra total disconformidad con la desaprobación de la labor que cumple el Poder Judicial y que frecuentemente se viene divulgando, por carecer de sustento adecuado y razonable. La labor de los **Jueces** no puede compararse con la que cumplen, muy loablemente por supuesto, otros funcionarios o entidades, nosotros tenemos la responsabilidad de decidir en los procesos judiciales, dándole la razón a una, de las partes y evidentemente, salvo muy escasas excepciones, no merecemos una opinión favorable de la parte vencida conforme a nuestra decisión, por más imparcial, razonada y prudente, que ésta sea. Asimismo, tenemos la responsabilidad de pronunciarnos sobre la detención o la libertad de los procesados, sobre la absolución o la condena de los acusados, decisiones que frecuentemente no son aceptadas por la parte que se considera afectada, por más que sean tomadas con sujeción a la Ley y en salvaguarda de los bienes jurídicos de la persona humana y de la Sociedad.

Tan distinta y delicada es la función de los **Jueces**, que por la misma, no sólo esta-

mos sujetos a responsabilidad disciplinaria, civil y penal, sino también estamos sometidos a la aprobación o censura de la opinión pública y al control que ejercen los Colegios de Abogados y otras Instituciones Públicas y Privadas, además del que resulta del ejercicio del derecho constitucional a analizar y criticar nuestras resoluciones.

El Juez tiene asignada la noble y excelsa función de impartir Justicia, es decir, de tutelar los derechos de los ciudadanos, dirimiendo conflictos, eliminando incertidumbres jurídicas y haciendo prevalecer el imperium de la Ley, para proteger los bienes jurídicos del ciudadano y por tanto de la Colectividad.

Allí donde existan relaciones relevantes entre los hombres, allí tiene presencia el Derecho y es el Juez, quien tiene el deber y la responsabilidad de producir una decisión debidamente motivada, que ponga fin a las controversias que se susciten entre ellos, manteniendo así vigente la paz social.

Para ello el JUEZ no sólo debe conocer la Ley y los Principios doctrinarios que le informan; sino que debe dar solución al problema humano y social, creando el Derecho y dejando atrás el recusado rol de ser un mero aplicador de leyes, como lo pretendía Montesquieu: **"la bouche qui prononce la parole de la loi"; es decir: "La boca que pronuncia la palabra de la Ley".**

Para cumplir con su tarea fundamental de buscar y encontrar la verdad, el Juez debe poner de sí todos sus conocimientos y toda su experiencia, debe actuar con serenidad de criterio, pero con firmeza, libre de todo prejuicio e influencia ajena al proceso; es decir, debe proceder con imparcialidad, la que sólo será posible en la medida que haga prevalecer su independencia, principio y derecho de la función jurisdiccional que le confiere nuestra Constitución Política.

El Juez para saber si está procediendo o no correctamente, además de sujetarse a la Ley, debe observar, entre otros principios morales, el que nos enseña **"no hagas a otro lo que no quieres que hagan contigo"** y conforme al cual, debe preguntarse: ¿**Me** gustaría perder un proceso, no por que con quién contiendo tenga la razón, conforme a lo actuado y a la Ley, sino por el sólo hecho de ser influyente o poderoso?, ¿**Me gustaría** perder un proceso, no por qué con quién contiendo tenga la razón, sino por el hecho de ser amigo o allegado del Juez?. Recordemos que en la Sagrada Escritura se lee: **"no busques ser hecho Juez, no sea que no tengas fuerzas para reprimir la iniquidad, no sea que te acobardes en presencia del poderoso y tropiece en él tu rectitud", "no tuerzas el Derecho, no hagas acepción de persona, no recibas regalos, porque estos ciegan los ojos de los sabios y corrompen las palabras de los justos".**

Por ello, en esta fecha deben ser objeto de nuestro rechazo:

. El individuo que desnaturalizando la razón de ser del cargo de Juez al que ha accedido, lo utiliza poniendo precio a sus decisiones, intercambiando favores o ventajas o en fin incurriendo en otros actos denigrantes.

. Quienes para no tener problemas con la relativa estabilidad de su cargo y no importándoles tenerlos con su conciencia, adoptan decisiones, que no se ajustan a los hechos y al derecho.

. Los que con sus decisiones afectan los intereses de los Justiciables porque tienen animadversión con sus abogados.

. Los que olvidando la sublime función que la Ley les asigna permiten que su investidura sea maltratada.

. Los que por razones subalternas absuelven a un acusado a sabiendas que es culpable o los que lo condenan a sabiendas que es inocente, o que le es aplicable el Principio Universal del Derecho Penal del **"indubio pro reo".**

En fin deben ser objeto de nuestro rechazo, quienes con sus actos, afectan gravemente la imagen de nuestra institución.

RINDO HOMENAJE en esta fecha al Doctor Ángel Gustavo Cornejo, quien en su trayectoria logró servir de ejemplo para la

Magistratura, Catedrático de la Universidad Mayor de San Marcos, y Vocal de la Corte Suprema, propulsor de la Escuela de Derecho Civil de nuestro país, siendo preclaros exponentes de la misma, el Ilustre Codificador Manuel Augusto Olaechea, así como el insigne jurista Lambayecano don José León Barandiarán.

Del Doctor Ángel Gustavo Cornejo, quien fue Magistrado en nuestra Corte por el año de 1920, dijo el doctor Luis Bramont Arias, en un notable discurso pronunciado, en el Colegio de Abogados de Lima el 02 de Abril de 1959, que: **"Fue de carácter austero, de clara inteligencia y de laboriosidad infatigable"** y en otro homenaje, el mismo penalista expresó: **"Humildad, sencillez, modestia y desprendimiento, fueron los signos más saltantes de Ángel Gustavo Cornejo, jurista que enriqueció la cultura jurídica del país"**, agregando la **"Corte Suprema de Justicia de la República en un día como hoy, no podía dejar pasar en silencio la vida de un Juez, que a la Jurisprudencia y a la ciencia jurídica ha legado una obra monumental, cual muy pocos y a quienes fuimos sus discípulos, nos ha dejado un recuerdo imperecedero de su vida ejemplar, de su conducta rectilínea de su conversación aleccionadora y amena y de una bondad de sentimientos, que corría pareja con la profundidad de su saber".**

Rindo Homenaje así mismo a los doctores: Carlos Zavala y Loayza, Ricardo Bustamante y Cisneros y, Emilio F. Valverde, quienes también fueron profesores Sanmarquinos y ejemplares Vocales de la Corte Suprema.

Rindo Homenaje a los **Jueces** de nuestra Corte Superior de Justicia, que se desempeñaron con probidad e idoneidad y en especial a los doctores: Carlos Muñoz Cáceres, Guillermo Doig Buendía, Humberto Gálvez Durand, Federico Peralta Rosas, Constante Calonge Zavaleta, César Augusto Nieto Ramos, Manuel Becerra Barrantes, Enrique Llerena Rojas, Juan Huamán Cabrejos, entre otros.

Hace diez años con motivo de la inauguración de este recinto, siendo Decano del Colegio de Abogados de Lambayeque, rendí homenaje a los **Jueces** de nuestra patria, ahora como Magistrado, rindo homenaje especialmente a los **Jueces** de este distrito judicial, sin distinción de jerarquías, que cumplen a cabalidad con su labor jurisdiccional, a los que no rehuyen a la misma con motivos aparentemente justificados, porque comprenden que es la razón de ser de su condición de **Jueces** y por tanto la asumen con valentía, a los que estudian exhaustivamente las causas que deben resolver, a los que resuelven por el mérito de lo actuado y de la Ley, a los que resuelven libres de toda influencia extraprocesal, a los que alejan su función de las bajas pasiones, a los que conciben a la tranquilidad de su conciencia como la mejor recompensa por hacer Justicia, y en fin a los que con su sapiencia, experiencia y probidad dan brillantez a su labor, enalteciendo la majestad del Poder Judicial.

Que esta fecha Señores Magistrados de nuestra Corte Superior, sirva para reafirmar nuestro compromiso de mejorar el servicio de Justicia que prestamos, cumpliéndolo con mayor idoneidad, celeridad y eficacia, para que así y con un mejor conocimiento de la naturaleza y trascendencia de nuestra función por parte del pueblo, éste, en un futuro no lejano pueda sentirse orgulloso de su Poder Judicial.

Para concluir, Señoras y Señores, pido a Dios, Ser Supremo de cuanto existe, **O**rdenador del mundo, que ilumine las mentes de quienes tenemos la enaltecedora misión de impartir Justicia, para que la cumplamos conforme al dictado de nuestra conciencia, con sentimiento humano, con rectitud y sin dejarnos arrastrar por pasiones subalternas.

Recordemos Señores Magistrados, que quizás ante todos podamos aparentar que somos probos, que somos imparciales, que somos justos, pero de ello, no podemos engañar a nuestra conciencia.

Muchas Gracias.

PERSONAL JUDICIAL Y EL SISTEMA DE JUSTICIA

DR. CARLOS SILVA MUÑOZ
Vocal Titular de la Segunda Sala Civil de Lambayeque

El presente no pretende de ninguna manera ser un trabajo acabado sobre el tema referido al personal judicial, es simplemente una mirada rápida a ello, que necesita de un mayor tratamiento. Empezando podemos decir que Nuestra Constitución Política en su artículo 138, establece que la potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes, en concordancia con ello el art. 1 del TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial, reproduce casi literalmente lo señalado por nuestra Norma Fundamental. Vemos pues que ambas normas se refieren a ***"órganos"*** *un conjunto de personas que actúa en representación de una organización o persona jurídica en un ámbito de su competencia*[1], lo cual significa que está hablando de un colectivo, esto es una institución en la cual de manera conjunta interactúan diversos funcionarios para lograr el objetivo que se les ha asignado, que en nuestro caso es, **IMPARTIR JUSTICIA**. Siendo muy importante la labor de esos trabajadores pues de no existir los mismos, sería muy difícil realizar la actividad jurisdiccional, puesto que el trámite procesal, cualquier especialidad que sea, requiere necesariamente del apoyo de los auxiliares jurisdiccionales, así por ejemplo para dar cuenta de los escritos que se presentan en los diversos procesos, auxiliando al Juez en las audiencias, notificando los diversos actos procesales, etc. Es por ello que para salir de la situación en que nos encontramos, y llegar a ser un Poder Judicial aceptado unánimemente por la ciudadanía requerimos necesariamente del concurso de Magistrados y trabajadores.

ESTATUTO JURIDICO DE LOS AUXILIARES JURISDICCIONALES

En el Poder Judicial existen hasta cuatro regímenes laborales distintos: Decreto Ley 728, Contratos a Plazo Indeterminado, Servicios No Personales y los que se encuentran bajo el amparo del D. Legislativo 276. Esto, obviamente, produce diferencias que crean una incomodidad en el sector laboral, lo cual sumado a las bajas remuneraciones que perciben los servidores, hacen que se presenten problemas que terminan originando continuos reclamos laborales, situación que obviamente debería mejorar.

Ahora bien, la primera norma que se encarga de los auxiliares jurisdiccionales es el Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que en su artículo 249, indica quienes son y los grados de la carrera auxiliar jurisdiccional: Secretarios y Relatores de Salas de la Corte Suprema, Secretarios y Relatores de Salas de las Cortes Superiores, Secretarios de Juzgados Especializados o Mixtos y de Paz Letrados; y Oficiales Auxiliares de Justicia. Sin embargo, ahora encontramos que existe personal que no están dentro de las denominaciones antes indicadas, ya que con la implementación de la nueva forma del despacho judicial que se inició con la creación del Módulo Corporativo de Apoyo a los Juzgados Civiles, en el año 1996 en nuestra ciudad de Chiclayo, se crearon cargos como los de Especialistas Legales, Asistentes de Juez y Asistentes Judiciales, incluso cargos administrativos, como los de Administrador de Módulo.

---

[1] Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, 22 edición, t. XIV, Q.W. Editores S.A.C., 2005, p. 1107

[2] Fue creada por Ley Nº 26546, para que asumiera las funciones de gestión y control del Poder Judicial

Con el texto originario de la Ley Orgánica, los auxiliares jurisdiccionales se encontraban bajo el amparo del D. Legislativo 276, sin embargo en el año 1995, en el gobierno del Ingeniero Alberto Fujimori, el congresista Oscar Medelius Rodríguez, presentó en el Congreso de la República el Proyecto de Ley No 477/95-CR, en el cual se proponía que el régimen laboral aplicable al personal del Poder Judicial sea el del Decreto Legislativo Nº 728**.** La Comisión de Trabajo y Seguridad Social en la cual se presentó dicho proyecto, solicitó informes solicitó informes al Ministerio Público y a la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial, a efectos de verificar la viabilidad de dicho proyecto, concluyendo finalmente de manera positiva para la aprobación del mismo.

La razón de la variación del régimen laboral público al de la actividad privada se sustentaba en el proceso de reforma del Estado propugnado por el gobierno de entonces, por eso es que incluso el autor del proyecto era un congresista del oficialismo. Se señalaba en el documento que con esta reforma en el aspecto laboral, se iba a permitir una mayor flexibilidad en la administración y organización del Poder Judicial de acuerdo al marco jurídico que establecía la legislación laboral del régimen privado.

Después de los debates correspondientes se aprobó el proyecto presentado, el cual fue remitido al Presidente de la República[2], siendo finalmente promulgada y publicada el 11 de abril de 1996, bajo el **N° 26586**, con el título: ***"Régimen laboral del personal del Poder Judicial"*****.**

Según esta norma, a partir de su vigencia, tanto el personal administrativo como los auxiliares jurisdiccionales que ingresaren a laborar en nuestra institución, estarían comprendidos dentro del régimen laboral de la actividad privada. Disponiendo a la vez que aquéllos que continúen laborando luego de culminado el proceso de racionalización y evaluación que disponía la Ley No. 26546, deberían optar por: a) Continuar comprendidos en el régimen del Decreto Legislativo No. 276, normas reglamentarias y complementarias; o, b) Pertenecer al régimen laboral de la actividad privada. Y para ello dentro del término de diez días calendario contados a partir de la publicación de los resultados de la evaluación que se iba a hacer, deberían de manera irrevocable, por escrito formulado bajo juramento y con firma legalizada, con elegir la opción que consideraren pertinente. Y si dentro del plazo señalado, el trabajador no hubiere presentado la comunicación correspondiente, se consideraría que había optado por continuar en el régimen del Decreto Legislativo No. 276.

La misma ley en su artículo 3, establecía también que los trabajadores del Poder Judicial que hubieran optado por pertenecer al régimen laboral de la actividad privada tendrían derecho a que se les abone el importe de la compensación por tiempo de servicios correspondiente al período laborado bajo el régimen del Decreto Legislativo No. 276, con efecto cancelatorio; y, también al importe de la compensación por tiempo de servicios por los servicios que presten en lo sucesivo, no siendo acumulable al tiempo de servicios, es pues a partir de entonces que se crea la incoherencia en el tratamiento laboral de los trabajadores de nuestra institución, necesitándose urgentemente la unificación de los regímenes laborales para que no se creen situaciones de ventajas para algunos y desventajas para otros, lo cual relaja la labor jurisdiccional de los auxiliares.

SITUACIÓN LABORAL ACTUAL DE LOS TRABAJADORES DE NUESTRA CORTE

En la actualidad en nuestra Corte Superior tenemos el siguiente panorama laboral: 70 trabajadores administrativos, que laboran en oficinas como Administración, Central de Notificaciones, Centro de Distribución General de los Juzgados Civiles y Penales, Administradores de Módulos, Oficina de Imagen Institucional, Oficina Distrital de Control de la Magistratura y Presidencia, la mayoría de los cuales se encuentra sujeto al régimen del Decreto Legislativo N° 728. En lo que respecta al personal que realizan funciones de naturaleza jurisdiccional, encontramos a 463, que se desempeñan

como Auxiliares Jurisdiccionales, Relatores y Secretarios de Sala, Especialistas Legales, Secretarios de Juzgado, Técnicos Judiciales y Asistentes de Juez. De estos últimos, 10 trabajadores, se encuentran sujetos laboralmente al Decreto Legislativo N° 276, y los restantes, bajo el amparo del DL 728, en diversas modalidades (Plazo fijo, plazo indeterminado). Panorama similar se aprecia a nivel nacional, en todas las Cortes Superiores, donde la gran masa laboral se encuentra sujeta al régimen del DL últimamente señalado.

Se aprecia pues que el cambio del régimen laboral de los trabajadores judiciales no mejoró sustantivamente la calidad en el servicio, y tampoco hizo posible una mayor flexibilidad en la administración y organización del Poder Judicial. Y es que como decía el ilustre italiano Dante *"de buenas intenciones está empedrado el infierno"*. Y esto se ha producido debido a que se observa desmotivación en el trabajador judicial, lo cual a nuestro entender se puede deber precisamente a que no encuentran la adecuada protección a sus derechos laborales previstos constitucionalmente, en el régimen laboral al cual se encuentran sujetos, sin embargo consideramos que no es toda la raíz del problema, sino que también existen factores de orden socioeconómicos, como son los bajos haberes.

PRESUPUESTO Y PERSONAL JUDICIAL

Es una verdad de Perogrullo decir que una organización no puede funcionar sin recursos financieros y recursos personales, y siendo que el Poder Judicial es una entidad que presta el servicio de impartir justicia, entonces esta institución tampoco podría funcionar sin los recursos indicados. El Poder Legislativo otorga anualmente un presupuesto al Poder Judicial, el cual tiene que distribuirlo básicamente en el pago de remuneraciones, adquisición de bienes, pagos de servicios, entre otros, no pudiendo muchas veces llegar a cumplir durante el año sus objetivos institucionales.

El Poder Judicial es claramente una institución que presta un servicio público básico de vital importancia en una sociedad organizada como la nuestra, sólo comparable con otros servicios básicos como son el de salud y educación, y para entender la razón de nuestras afirmaciones imaginemos sólo por un momento, qué pasaría si no existiera el Poder Judicial, donde los diversos sujetos de derecho (personas naturales, personas jurídicas, patrimonios autónomos, etc.), acuden llevando sus problemas para que sean resueltos; obviamente dichos problemas tendrían que ser resueltos de manera directa, con violencia, lo cual traería caos y desorganización social; sin embargo, muchas veces por razones políticas más que técnicas, no se aprecia la magnitud de ello, y así vemos que continuamente año tras año tenemos el problema de exigir mayor atención a los problemas que institucionalmente nos aqueja, como por ejemplo más presupuesto que el que nos asignan los poderes políticos del Estado.

La asignación del presupuesto adecuado es básico, para solucionar muchos problemas relacionados con los *inputs*, que vienen a ser los medios de los cuales nos valemos para realizar nuestras labores a efectos de conseguir nuestros objetivos, como medios financieros, medios logísticos, medios personales; siendo que los últimos van a incidir en el buen servicio que se brinde, servicio al cual se le llama *output*. Ahora bien, una de las razones por las cuales existe sobrecarga procesal es por la alta litigiosidad debido al crecimiento demográfico, siendo que dicha carga no puede ser atendida adecuadamente por la carencia de personal, así por ejemplo, vemos que en nuestro Distrito Judicial los Juzgados de Paz Letrados de la localidad de Chiclayo, en su mayoría, cuentan por todo personal nombrado o contratado con un encargado de la mesa de partes, tres secretarios que trabajan solos y un encargado de notificaciones, y siendo que por cada secretaría ingresan un promedio de 20 a más escritos diarios que deben ser tramitados, entonces tenemos que diariamente debe darse cuenta al Juez mínimo con sesenta escritos, más los oficios, exhortos, partes etc. que deben hacerse del despacho anterior, aparte de las

otras obligaciones que le impone al secretario judicial el artículo 266 de la LOPJ, como atender a los litigantes y abogados, asistir al Juez en las audiencias, expedir copias certificadas, etc., la labor es agobiante. En estos casos podemos reflexionar entonces de manera interrogativa: ¿podrá trabajar eficientemente ese secretario?, ¿podemos imputarles responsabilidades sin tener en consideración la elevada carga procesal?, etc. Los que hemos laborado como secretarios de Juzgado, sabemos que humanamente no es posible que una sola persona, por muy laboriosa que sea, pueda hacer todo el trabajo en oficinas tan congestionadas como las que hemos señalado, y recuerdo al respecto que cuando me inicié en mi labor como secretario, mi oficina contaba con dos técnicos judiciales y un encargado de hacer las notificaciones, todos debidamente nombrados, lo que hacía más viable nuestra labor, hasta que paulatinamente dicho personal fue retirado hasta que dejé la indicada función cuando ya contaba sólo con un técnico judicial.

Claro está que en el presente se podría decir que existen secigristas que apoyan la labor, pero si nosotros miramos la cantidad de estos jóvenes practicantes que se han asignado para este año, 44 en total, vemos que con esa cantidad el panorama no cambia mucho, pues debemos tener en cuenta que no alcanzan para cubrir las necesidades de personal de todos los 82 órganos jurisdiccionales con que cuenta nuestra Corte; además, a ello se agrega que estos jóvenes no tienen la capacitación necesaria y menos la experiencia del caso para que sean a corto plazo un alivio en el trabajo. A ello se agrega que el horario de dichos secigristas es limitado, y no perciben haberes, sino un pequeño estipendio.

Lo hasta acá dicho es simplemente un análisis preliminar y somero, donde hemos podido llegar a identificar algunas debilidades que afectan a nuestra institución en materia de *inputs personales*, que pueden ser superadas en parte por una adecuada política de personal que incluya acciones tendientes a asignar personal a los órganos jurisdiccionales atendiendo a la carga procesal que soportan, una política de motivación al personal, que podría incluir aspectos de carácter premial como promociones de cargos a quienes tengan un desempeño idóneo desde el punto de vista laboral y ético, entre otras medidas, lo cual tendrá que hacerse sin descuidar obviamente la exigencia a los órganos de gobierno del Poder Judicial por la asignación de una mayor cantidad de personal y el aumento de remuneraciones a dicho personal.

Creo positivamente que tomando el asunto con responsabilidad la situación va a tener que mejorar, sino allí están los ejemplos históricos, que salvando las distancias, nos dan la razón, como cuando Japón quedó destruido después de la Segunda Guerra Mundial, lo único que les quedó fue su gente, ya que ni siquiera tienen recursos naturales como nosotros, y poniendo toda su fe en el trabajo responsable de sus ciudadanos han logrado llegar a ser una de las más grandes potencias mundiales. Creo que el reto es de nosotros, y considero particularmente que tenemos auxiliares jurisdiccionales con la suficiente preparación como para lograr avanzar en el logro de nuestros objetivos.

LA TENTATIVA EN LA COAUTORÍA

DANIEL MEZA HURTADO
Vocal Superior de la Primera Sala Especializada Penal de Lambayeque.

SUMARIO: I. Introducción. II. La coautoría: fundamento y elementos. III. Punibilidad de la tentativa en la coautoría. IV. Casos problemáticos. V. Tesis de la solución global: fundamentos. VI. Tesis de la solución individual: fundamentos. VII. Conclusiones.

I. Introducción.

Dentro de los numerosos problemas que presenta la dogmática de la autoría y participación, uno de los temas que menos atención ha merecido en la doctrina nacional – a diferencia de la alemana donde ha sido tratada in extenso y de la española donde en los últimos años se ha producido un debate acerca de su punibilidad – es el tratamiento del tema acerca de la posibilidad de imputar la comisión de la tentativa en los supuestos de coautoría[1], las siguientes líneas pretenden sólo enunciar los siguientes tópicos que conforman este complicado tema.

Para responder a la interrogante de cuándo se considera autor a un sujeto en aquellos supuestos en que son varios agentes los que intervienen en un hecho delictivo, la doctrina penal científica, en forma mayoritaria adopta la denominada "tesis de la solución global" que considera suficiente para reconocer un supuesto de tentativa cuando uno de los coautores se dispone a la ejecución del hecho, aunque los demás no hayan efectuado todavía su aporte[2].

Frente a esta posición dominante existe otra, que en los últimos años viene ganando cada vez más adeptos y que se ha denominado "la solución individual"[3], según la cual la cuestión del inicio de la tentativa debe plantearse y resolverse en relación con cada uno de los intervinientes de forma individual de acuerdo con su propia aportación al hecho conjunto, postulada en la actualidad por autores tan importantes como Claus Roxin quien señala al respecto que los mejores argumentos los tiene la solución del caso particular, que evalúa por separado para cada coautor el inicio de la tentativa y toma en cuenta el momento en el cual él mismo entra en el estadío de la tentativa[4].

II. La coautoría.

Con arreglo a lo dispuesto por el artículo 23 de nuestro Código Penal, el delito puede cometerse como autor individual – "el que realiza por sí" -, como autor mediato en sus diferentes variantes – "por medio de otro"- y en forma de coautoría – "los que lo cometen conjuntamente"-.

La coautoría es una de las variantes reconocidas por la doctrina de la autoría en derecho penal y supone la intervención en un hecho punible de varias personas, requiriendo conforme a la doctrina mayoritaria, del elemento subjetivo constituido por el acuerdo común de llevar a cabo la ejecución del hecho delictivo y de otro lado que se realice la efectiva contribución a la comisión del delito como elemento objetivo[5].

En el mismo sentido Gustavo Eduardo Aboso, sostiene que en definitiva la coautoría se define y se diferencia al mismo tiempo por sus dos presupuestos objetivo y subjetivo: la decisión común de realizar el delito y la necesidad de dar realidad a dicho acuer-

---

[1] Hasta donde alcanzamos a ver sólo se ha pronunciado al respecto VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. "Derecho Penal" Parte General, 2006, p. 489, inclinándose por la denominada tesis de la solución global; por su parte HURTADO POZO, José. "Manual de Derecho Penal" 2005, p. 885, reconoce la posibilidad de la configuración de la tentativa en la coautoría afirmando que "si el proceso ejecutivo del delito es, por cualquier circunstancia, interrumpido, los coautores serán reprimidos a título de tentativa" pero sin tomar partido por ninguna de las tesis imperantes en la doctrina comparada.

[2] GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, María. "La responsabilidad penal del coautor," Fundamento y límites. 2001, pp. 492-493, donde se menciona in extenso a los autores que en la doctrina alemana y española defienden esta tesis; en sede nacional sólo VILLAVICENCIO TERREROS, op. cit. p. 489.

[3] GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, op. cit., p. 404.

[4] ROXIN, "Problemas actuales de Dogmática Penal", 2004, p.178: afirma tajantemente que "es un contrasentido admitir una coautoría de tentativa solamente por el hecho de que los que sí aparecen en el lugar de los hechos hayan entrado en el estadio de la tentativa.

[5] GUTIERREZ RODRIGUEZ, María. "La Responsabilidad Penal del Coautor", Tirant La Blanch 2001, p. 27.

do mediante su aporte al hecho ejecutado en forma conjunta[6].

La coautoría se fundamenta en el denominado **principio de aportación recíproca de las aportaciones ajenas al hecho delictivo**[7], "los coautores son autores porque cometen el delito entre todos, ninguno realiza el tipo por sí solo, por lo que no puede considerarse a ninguno partícipe del hecho del otro. Rige el **principio de imputación recíproca de las distintas contribuciones**, según el cual todo lo que haga cada uno de los coautores es imputable a todos los demás, para ello es preciso el mutuo acuerdo que convierte en un plan unitario global las distintas contribuciones, a cada uno de los coautores se le imputa de forma recíproca las contribuciones de los demás al suceso delictivo como si el mismo los hubiere realizado, siempre que los mismos se encuentren cubiertos por el acuerdo común que debe existir entre los coautores. La tratadista española María Gutiérrez Rodríguez, considera que puede ser más clarificador hablar de un principio de responsabilidad por el hecho delictivo global que se deriva de la existencia previa de una unidad de actuaciones por parte de los coautores en orden a la realización conjunta del hecho delictivo[8].

III. Punibilidad de la tentativa en supuestos de coautoría.

La tentativa, se encuentra prevista por los artículos 16 a 19 del código penal peruano y se verifica cuando el agente comienza la ejecución de un delito, que decidió cometer, sin consumarlo, requiere como presupuestos: (i) decisión de cometer el delito, (ii) el comienzo de ejecución, y (iii) la no consumación de éste[10].

Antes del inicio de la ejecución, sólo existe una preparación impune, por tal razón sólo se sanciona los actos preparatorios en forma excepcional, ya que en un estado de derecho la previsión presupone, en realidad, una realización típica[11].

En nuestro código vigente no existe de *lege lata* supuestos que se refieran a la comisión de un hecho delictivo cometido por una pluralidad de agentes en forma intentada, por lo que la solución debe derivarse de la labor interpretativa del operador jurídico que conecte la definición contenida en el artículo 16 CP. Con la regulación contenida en el artículo 23 del Código Penal, como ha señalado la doctrina especializada, la solución adecuada va a depender en cierta manera de dos factores: de la teoría de la tentativa[12] y de la teoría de la intervención delictiva que se defienda[13].

IV. Casos Problemáticos.-

A. Cuando los coautores llevan a cabo sus aportes al mismo tiempo, la tentativa se inicia para todos ellos en ese instante conforme a los presupuestos exigidos para un autor individual,[14] por lo que este supuesto no presenta mayores problemas interpretativos.

B. Pero cuando las intervenciones de los coautores al hecho se producen separadamente en el tiempo, de forma sucesiva y en relación con la intervención de los sujetos que todavía no han llevado a cabo el aporte que les corresponde,[15] es donde la doctrina penal no puede precisar aún la solución adecuada.

Para formular la situación descrita se suele citar el ejemplo donde los sujetos A, B y C acuerdan cometer un robo a un banco, distribuyéndose las funciones, así A y B

---

[6] "Lineamientos Básicos de la coautoría funcional en derecho penal y consecuencias dogmáticas de su aplicación", en Dogmática actual de la autoría y participación criminal. IDEMSA, Lima, 2007, p.37.
[7] MIR PUIG, Santiago, "Derecho Penal", Parte General, 1998, pp.386-387.
[8] GUTIÉRRREZ RODRÍGUEZ, op. cit. p. 85.
[9] Vid. ROXIN, quien refiere que esta resolución al hecho abarca todas las formas del dolo. "Acerca de la tentativa en el derecho penal" en Problemas actuales de Dogmática Penal, p. 151.
[10] VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. "Derecho Penal", 2006, p.427; en otros términos afirma que son elementos de la tentativa el dolo y otros elementos subjetivos (tipo subjetivo), el comienzo de ejecución de la conducta típica (tipo objetivo), y la falta de consumación del tipo (factor negativo); por su parte GARCÍA CAVERO, Percy. "Derecho Penal Económico" Parte General, p. 798, sólo reconoce dos elementos: la decisión de cometer el delito y el comienzo de ejecución.
[11] Vid. ROXIN op. cit. p.154.

deberán amenazar con armas de fuego al cajero y a los clientes que se encuentren en dicha entidad, mientras que C debería ser quien se encargue de llenar la bolsa con el dinero a sustraerse. Llegado el momento A y B al entrar al banco son detenidos por la policía, cuando C aún no había entrado a éste ¿Cómo determinar la responsabilidad penal de C si sus compañeros fueron detenidos antes de su intervención?

V. La tesis de la solución global.

Adoptada por la doctrina científica mayoritaria, plantea que la tentativa se inicia para todos los coautores cuando uno de ellos se dispone inmediatamente a la ejecución del hecho delictivo, según lo acordado,[16] es decir cuando uno de los coautores hace mediante su actuación, que el hecho global entre en el estadío de la tentativa, aunque los demás ni siquiera hayan realizado su aportación. La punibilidad de éste, por tentativa no se producirá hasta que alguno de sus compañeros dé comienzo a la ejecución global o se disponga a ello.[17]

Fundamentos de la Tesis de la Solución Global

- La existencia de un único delito.
  Se considera que el delito es "único" y recorre el mismo *iter criminis* que el de un autor individual, existe un único delito colectivo.
- El principio de interpretación recíproca de los aportes.[18]
- El dominio del hecho como dominio sobre el hecho global.
  Según el cual no se asume como punto de referencia el dominio de la aportación individual del coautor, sino el hecho global cuya realización puede ser detenida por cualquiera de los coautores mediante la no prestación de la colaboración a la que se comprometieron.
- El dominio del hecho mediante el aporte en la fase de preparación delictiva.
  Se considera que es suficiente para fundamentar responsabilidad, el aporte esencial prestado en la fase de preparación delictiva.
- El fundamento de la punición de la tentativa.

Propuesta por ROXIN, quien señala que para poder castigar por tentativa debe atenderse que la esencia de la tentativa consiste en que no se castiga lo sucedido hasta el momento sino lo que hubiera debido suceder según la voluntad delictiva del autor.[19]

VI. La tesis de la solución individual.

Considera que el inicio de la tentativa debe plantearse y resolverse en relación con cada uno de los intervinientes de forma individual, la tentativa se inicia individualmente para cada coautor en relación con su propia aportación al hecho conjunto, entonces si el hecho permanece en la fase de tentativa sólo podrán ser castigados por ésta, el coautor o coautores que hayan llevado a cabo su aportación o que al menos se hayan dispuesto a ello.

Fundamentos de la Tesis de la Solución Individual

⊙ Adaptación a los principios que fundamentan la tentativa, propuesta por la doctrina alemana, que considera que conforme a las reglas del artículo 22 del STGB[20] , que contiene, al igual que el artículo 16 del texto nacional, la exigencia que se produzca un principio de ejecución de la realización del tipo como requisito objetivo y la mera inten-

---

[12] Dentro de las variadas teorías que existen acerca del comienzo de la tentativa la Teoría objetivo – individual según la cual hay que considerar la acción descrita en el tipo y la actividad inmediata que ha desplegado el autor para la realización típica, siendo la mas adecuada para explicar el comienzo de ejecución en orden a la formulación del artículo 16 del nuestro CP., así VILLAVICENCIO TERREROS, op. cit. p. 434.

[13] La moderna doctrina penal defiende la tesis del concepto restrictivo de autor, según la cual existen diferencias objetivas entre la conducta del autor y la del partícipe, de esta forma autor sólo puede ser aquel en quien concurran todos los elementos de la descripción típica, considerándose a las normas sobre participación como causas de extensión de la punibilidad, por todos : DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. "La Autoría en Derecho Penal", 1991, p. 42), también URQUIZO OLAECHEA, José. "El concepto de autor en la dogmática penal" en Dogmática actual de la autoría y la participación criminal" pp. 598-599, quien sostiene que "nuestro CP ha adoptado las modernas teorías del dominio del hecho…reconociendo que la teoría del dominio del hecho, para fundamentar la autoría en la realización de una acción típica, parte de un concepto restrictivo de autor".

[14] JESCHECK, LEHRBUCH, 5° Ed. 1996, p. 515.

[15] GUTIERREZ RODRIGUEZ, María, ibid. p. 489.

[16] GUTIERREZ RODRIGUEZ, op. cit. 497.

ción delictiva no es punible conforme a esta posición, ya que caso contrario se estaría incumpliendo con el presupuesto objetivo de la coautoría.

- El dominio del hecho sólo puede tenerlo el que actúa en la fase ejecutiva.
  Postula que conforme a un concepto estricto de coautoría sólo los intervinientes cuya aportación se desarrolle en fase de ejecución del ilícito son imputables, la intención en la fase preparatoria no es suficiente para configurar un dominio del hecho, por lo que tampoco va a servir de fundamento para calificarlo como coautor de tentativa.[21]
  Se plantea que el coautor de una tentativa debe codominar la tentativa, lo cual sólo sería posible cuando se actúen en fase de ejecución ya que el "poder detener el hecho" debe ir acompañado de un aporte positivo para que exista codominio".[22]

VII. CONCLUSIONES.

1.- El problema del inicio de la tentativa en supuestos de coautoría no ha sido desarrollado en sede nacional ni a nivel de doctrina ni en la Jurisprudencia de los tribunales, lo que hace más complicada su aplicación por los operadores jurídicos toda vez que tendrán que adoptar su propia posición sobre la teoría en que fundan la tentativa y sobre la teoría de autoría que consideren más coherente con nuestro Código Penal, para posteriormente evaluar la posibilidad de imputar la punición de la coautoría en grado de tentativa teniendo en cuenta las tesis dominantes hoy en día en la dogmática penal comparada.

2.- Debe reconocerse que si bien la coautoría es una forma de autoría, debido a su peculiar estructura, el inicio de la punibilidad de la tentativa en estos supuestos no puede determinarse conforme a las reglas que rigen para el autor individual previstas por los artículos 16 a 19 de nuestro CP.

3.- La posición que se adopte por el juzgador finalmente debe guardar concordancia con los elementos de la coautoría, el subjetivo determinado por el acuerdo común, así como el objetivo relacionado con el aporte del coautor a la ejecución del plan común, tendiendo además presente que el fundamento de esta forma de autoría se basa en el citado principio de imputación recíproca de las aportaciones ajenas al hecho delictivo.

4.- No obstante lo expuesto en punto anterior y, estando al desarrollo dogmático actual, se puede concluir que la solución denominada "de la solución global" sigue siendo las más coherente con las peculiaridades que presenta la coautoría para determinar la posibilidad de imputar la punibilidad en un supuesto de tentativa.

---

[17] JAKOBS, Gunther. At., 2° ed. 1991, p. 629.
[18] Vid. JESCHECK, "Tratado de Derecho Penal", 1981, p. 943, así explica que para que pueda considerarse a una persona como coautor, este debe efectuar una contribución al hecho, según la dominante teoría del dominio del hecho, los coautores deben haber intervenido en el ejercicio del dominio del hecho funcional, debe afirmarse que ninguno precisa realizar en su persona todos los elementos del tipo, ya que las contribuciones de cada uno pueden imputarse a todos.
[19] Roxin, "Autoría y Dominio del Hecho" , 2002, pp. 453.
[20] Artículo 22° StGB "Intenta un hecho punible, quien según su representación del hecho se dispone inmediatamente a su realización".
[21] Bloy, cit. por GUTIERREZ RODRIGUEZ op. cit. p. 518.
[22] ROXIN, Oblersk, 1996, p. 492, quien añade que si la mera intervención en el acuerdo no otorga al sujeto un dominio sobre la consumación tampoco lo otorgará sobre la tentativa.

LA RECONVERSIÓN DE PROCESOS CONSTITUCIONALES

EDWIN FIGUEROA GUTARRA
Magíster en Derecho
Vocal Superior de la Sala Constitucional Lambayeque
Profesor Asociado AMAG

La declaración de improcedencia en sede constitucional constituye una decisión inhibitoria que alude directamente a la inviabilidad de determinar una decisión de fondo en vista de haberse omitido requisitos procedimentales necesarios. En tal sentido, una pretensión incorrectamente planteada y que a su vez es declarada improcedente, deberá ser reencausada en otra vía. Sin embargo, no obstante esta regla general, a tenor de la sentencia, N.° 07873-2006-PC/TC, Lima, caso Juan Félix Tueros del Risco contra la Oficina de Normalización Previsional, el Tribunal Constitucional, ponderando el principio *iura novit curia*, previsto en el artículo VIII del Código Procesal Constitucional, norma que no sólo tutela la eficacia de los derechos sustantivos, sino también los adjetivos, dispone que una demanda que fue planteada como proceso de cumplimiento merezca, en atención a los factores contributivos de edad avanzada del amparista y la búsqueda real de la protección de derechos como fundamento básico del proceso constitucional, un pronunciamiento de fondo estimatorio en vía de amparo, exigiéndose para tal concesión de tutela los siguientes requisitos:

- *Que el juez de ambos procesos tenga las mismas competencias funcionales* (tanto el amparo como el hábeas data y el cumplimiento son tramitados por jueces especializados en lo civil, tal como se establece para el primero en el artículo 51º del Código Procesal Constitucional, y se extiende para los otros dos en los artículos 65º y 74º del mismo cuerpo normativo).

- *Que se mantenga la pretensión originaria de la parte demandante* (sólo se podrá admitir la conversión si la pretensión planteada en la demanda es respondida por el juzgador a través de la sentencia que va a emitir).

- *Que existan elementos suficientes para determinar la legitimidad para obrar activa y para poder resolverse sobre el fondo del asunto* (que, siguiendo el contenido del artículo 9º del Código Procesal Constitucional, no deban actuarse pruebas adicionales en el proceso, el mismo que debe ser resuelto con las herramientas que el mismo expediente brinda).

- *Que se estén cumpliendo los fines del proceso constitucional* (si bien se estaría yendo en contra del cauce normal de un proceso, la autonomía procesal y el principio de informalidad que rige este tipo de proceso, además de los principios de dirección judicial del proceso, *pro actione* y economía procesal, previstos en el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, autoriza canalizar la búsqueda de justicia, como valor supremo de la Constitución, a través de la judicatura constitucional).

- *Que sea de extrema urgencia la necesidad de pronunciarse sobre el mismo* (es cierto que la búsqueda natural de protección a quienes reclaman el resguardo de un derecho a través de un proceso constitucional, hace que éste se convierta en un proceso de tutela urgente, toda vez que se consideran improcedentes las demandas cuando existan vías procedimentales específicas, tal como lo expresa el artículo 5º, inciso 2) del Código Procesal Constitucional, pero en los casos de reconversión se hace necesario que el caso no sea sólo apremiante, sino además que sea considerablemente perentorio e inminente, elemento que ha quedado claramente establecido en el fundamento 5 de la sentencia del Expediente N.º 2763-2003-AC/TC).

- *Que exista predictibilidad en el fallo a*

pronunciarse (se considera que si el Juzgador es consciente del tipo de fallo a emitirse, y pese a que existe un error en la tramitación de la demanda, debe ordenar su conversión, tal como se ha dejado sustentado en la sentencia del Expediente N.º 0249-2005-PC/TC).

Precisa el Supremo Intérprete de la Constitución que sólo cuando concurran copulativamente tales requisitos, el Colegiado se encontrará autorizado para reconducir a una vía procedimental más acorde con la petición del recurrente y dejar de lado el proceso inicial. En el caso en comento, como señalamos, se reconvirtió un proceso de cumplimiento a uno de amparo, al cumplirse a cabalidad las condiciones antes señaladas, declarándose fundada la demanda.

La reflexión de fondo que este caso de doctrina jurisprudencial nos merece es que en sede constitucional el derecho puede ser objeto de innovación en mayor grado, lo cual nos trae a colación el viejo dilema de Eugenio Bulygin: ¿ Los Jueces crean derecho?. Creemos que las reglas interpretativas en Derecho Constitucional, las cuales se regulan por los principios *pro homine* y de interpretación dinámica de la Constitución, permiten un margen más amplio de lectura interpretativa, a diferencia de otras ramas del derecho, en las cuales el principio de legalidad impone sus márgenes decisorios más acentuadamente

LA CULPABILIDAD EN MATERIA PENAL

Por PEDRO LARA BENAVIDES
Juez del Segundo Juzgado Penal de Chiclayo

El concepto de culpabilidad, es un concepto relativamente moderno. En la milenaria Grecia y en la patria de la juricidad, Roma, se prescindía casi siempre de la conciencia y de la voluntad del autor; se respondía objetivamente por el resultado. Está presente en ésta época, el viejo aforismo "quien es causa de la causa, lo es del mal causado".

Sólo paulatinamente el Derecho Penal distinguió el hecho voluntario del involuntario; y poco a poco fue desarrollando, primero la doctrina del dolo y el caso fortuito, y ya en días más recientes, la doctrina de la culpa.

Pero con indecible sorpresa encontramos en alguna legislación remota insospechadas apreciaciones precursoras sobre la imputabilidad y la culpabilidad, tal es el caso del Código Hamurabi, en el libro de Manu; pero son raras excepciones.

La realización de un hecho que reúne las apariencias externas de una figura delictiva no alcanza a integrar un verdadero delito, sino cuando ese hecho sea típicamente culpable. Al análisis objetivo del hecho examinado debe seguir el de la realización que aquél tenga con su autor; pues no se le puede declarar culpable a un sujeto, si antes no se le declara imputable; pero hay que tener en cuenta que no todos los sujetos imputables pueden ser culpables, porque pueden presentarse causales de inculpabilidad.

Una vez efectuado el juicio de valoración objetivo, para determinar el elemento de la antijuricidad y esclarecida la capacidad del actor para poderle imputar ese hecho, es necesario hacer lo que Soler denomina "el estudio del contenido interno de un hecho que ya se ha declarado ilícito y del cual el sujeto se ha declarado autor". Vale decir escudriñar la voluntad que ha empujado al agente a realizar el acto, porque es indudable que la vida anímica del sujeto ha intervenido en la comisión.

Dice el tratadista Luis Jiménez de Asúa, que "en el más amplio sentido puede definirse la culpabilidad como el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica" ("La Ley y el Delito", Pág.352). Como se ve, el mencionado tratadista es partidario de la Teoría Normativa, que es la más aceptable, ya que dicha teoría define la culpabilidad como reprochabilidad; es juicio de reproche; es el conjunto de presupuestos de la pena que fundan la reprochabilidad personal de la acción ilícita con relación al autor. El reproche o reprobación es la reacción social o jurídica determinada por el delito cometido con todos sus elementos.

El aspecto restrictivo de la culpabilidad supone el esclarecimiento de la intención o de la negligencia que el sujeto puso en su conducta. Es por eso que la culpabilidad o, mejor dicho, la actitud subjetiva del agente con respecto al contenido ilícito de su acción, puede ser diversa; y de acuerdo con ella se resuelve si el agente ha observado una conducta reprochable y, en caso de serlo, en qué medida. De allí las dos formas de culpabilidad: dolo y culpa; de cuyas formas, muy someramente vamos a ocuparnos a continuación, debiendo además hacer referencia a la preterintención.

El dolo.- El concepto dolo es uno de los conceptos más difíciles y controvertidos del Derecho Penal. Para llegar a él podemos apoyarnos en la teoría de la voluntad o de la representación, o en ambas fórmulas.

Para la teoría de la voluntad, el dolo es la voluntad de ejecutar el acto. A esta teoría se le conoce también con el nombre de "Doctrina Clásica", representada en Italia por Carrara y en Alemania por Von Hippel; para estos profesores el dolo es intención, voluntad consciente de realizar un acto que se sabe es contrario a la ley. Los clásicos decían que el dolo era la suma de dos factores: voluntad (de ejecutar la acción) y cons-

ciencia (de su oposición al derecho). De allí que Carrara dijera que el dolo era la intención más o menos perfecta de ejecutar un acto que se conoce contrario a la ley.

La teoría de la representación, es sostenida por Von Liszt, quien no cree que la voluntad pueda explicar todos los acontecimientos que la variedad de la vida ofrece. Para este penalista, el dolo viene a ser el conocimiento o representación de todas las circunstancias de hecho correspondientes a la definición legal que acompaña a la actuación voluntaria.

Así, si A arroja sobre la cabeza de B una bola de acero de regular peso, y afirma que no ha tenido voluntad de matar a B, ¿cómo sabríamos si está mintiendo o diciendo la verdad si carecemos de elementos adecuados para precisar con toda exactitud su voluntad?. Si queremos resolver de acuerdo a la teoría de la voluntad, tendremos que recurrir a una presunción que nos permitiría afirmar que por el simple hecho de haber arrojado semejante bola, A quiso la muerte de B. Y esto, dicen los partidarios de la teoría de la representación, no equivale a resolver el caso atendiendo a las circunstancias exteriores.

Frente a la argumentación de esta teoría se debe tener en cuenta que el dolo no es sólo representación, sino que también necesita el concurso de la voluntad; no basta ocasionar una tragedia sino aceptar la consecuencia como querida por nuestra voluntad; aquí tenemos el dolo consciente porque sabemos el daño que vamos a causar.

Existen además teorías que tratan de explicar la naturaleza del dolo, tales como por ejemplo la Teoría del Asentimiento y la Teoría de los Móviles.

La primera se puede resumir en lo siguiente: Considerando que en toda acción voluntaria hay algo de representación y que en toda ejecución prevista hay también un resultado querido, es decir que toda representación implica un querer, dice Beling, se demuestra que la nota fundamental del dolo no está en la representación pura y simple sino en la actividad del sujeto frente a esta representación; habrá dolo únicamente cuando el sujeto acepta el resultado dañoso que se representa; el dolo pues, para esta teoría no está en la previsión de los hechos sino en el consentimiento que se presta a esos hechos. La teoría de los Móviles, está representada por la escuela positivista, la cual siguiendo a Ferri, sostiene que el dolo se basa en los móviles egoístas que han animado al autor; al extremo que si los móviles no son antisociales el hecho no constituye delito.

Por nuestra parte, nosotros consideramos que el móvil no es dolo, aunque sí debe tenerse en cuenta para identificarlo.

El Código Penal Peruano en el Inc. 2 del Art. 51, recomienda al juez que al aplicar la pena debe tenerse en cuenta la calidad de los móviles honorables o excusables o móviles fútiles que lo determinaron a delinquir, estimación que igual a la estatuida en el Art. 41 Inc. 2 del Código Penal Argentino, el juez tendrá en cuenta la calidad de los motivos que lo obligaron a delinquir.

La culpa.- Esta es otra de las formas de culpabilidad, que consiste en la producción de un resultado típicamente antijurídico que pudo y debió evitarse si se hubiera prestado la diligencia debida. Los elementos de la culpa son los siguientes:

A). Necesidad de un resultado típicamente antijurídico, acentuado en forma de “producción”; con lo que salta a la vista la inexcusable exigencia de un engarse causal por contraposición a la configuración de los delitos dolosos montados con vista a una finalidad o tendencia.

B). Bases de poder y deber, que dan sentido a las dimensiones objetiva y subjetiva del actuar culposo, cifrados en la previsibilidad y evitabilidad del resultado.

C). Falta de diligencia, cuando existía el deber jurídico de comportarse de diferente manera con lo que aparece el

substractum del juicio de culpabilidad, simbolizado en la exigibilidad de una conducta distinta a la debida.

D). Evitación del resultado, lo que implica su penetración en el campo de la culpabilidad; de suerte que objetivamente se hubiera impedido el resultado de haber puesto la diligencia exigida por el ordenamiento jurídico. El Art. 82 del Código Penal Peruano, define la culpa en tres tiempos, con la fórmula tomada del Proyecto Suizo:

1) Habla de negligencia; 2) Interpreta la negligencia cum-textus, así: "el que por una improvisión culpable obra sin darse cuenta las consecuencia de su acto", y 3) Habla de la imprevisión y la define: "es culpable, cuando el autor del acto no ha hecho uso de las precauciones impuestas por las circunstancias y por su situación personal".

El Código parece haber seguido la posición de Von Liszt, pues con su fórmula de tres tiempos se ha inclinado ante la dificultad de construir la voluntad en la culpa, y busca el elemento intelectual del que se han ocupado los alemanes.

Según el Art. 82 del Código Penal Peruano, la culpa se basa en la previsibilidad, ¿pero cuál es el criterio de la previsibilidad?, ¿cuándo puede sostenerse que las consecuencias de un hecho son previsibles y cuándo no lo son?. Un criterio de diferenciación es que las consecuencias ordinarias de los hechos son siempre previsibles, mientras que las que se separan de la marcha lógica y común de las cosas, o surgen por concurrencia de otras causas, no lo son. Y para decir que las consecuencias no son previsibles, es preciso que en la ejecución de los propios hechos se ponga todo el cuidado que los hombres diligentes suelen observar para eludir la posible violación de un derecho ajeno.

La razón de la previsibilidad de los hechos culposos fúndase en el deber que tenemos no sólo de no atentar contra los preceptos del derecho, directa o indirectamente, sino también en el deber de ejecutar los actos propios con todo género de precauciones, para que de nuestros hechos, aún de los inofensivos en sí, no se originen consecuencias perjudiciales para los demás. Este deber de previsión o precaución es cada día más exigible, merced a las condiciones de la vida moderna que pone en manos del hombre formidables fuerzas naturales que las ha arrancado de la naturaleza misma, o las ha inventado; así como pone también a disposición de él, la multitud de aparatos instrumentos y tantos otros objetos materiales, cuyo manejo imprudente puede producir grandes e irreparables daños.

La Preterintención.- Los hechos preterintencionales se caracterizan porque el agente causa un resultado grave, habiéndose propuesto ocasionar sólo un resultado leve. Se trata de un resultado que excede de nuestra voluntad, que traspasa la intención que tuvimos al emprender nuestro acto; pero que, por ser previsible el efecto más grave, resulta así una figura que se amalgama en dos elementos subjetivos: el dolo y la culpa.

En el Código Penal Peruano, existen dos tipos de disposiciones sobre la preterintención.Un primer tipo lo constituye el Art. 167, muy próximo a los "delitos calificados por el resultado", que a los preterintencionales stricto sensu.

El Art. 167 dice "Cuando el delincuente hubiere causado un resultado grave que no quiso causar ni pudo prever, la pena podrá ser disminuida prudencialmente hasta la que corresponda a la lesión que quiso inferir". Otras disposiciones, en cambio, destacan la teoría de la mixtura de dolo y culpa: dolo en el inicio, culpa en el remate.

Destaca el elemento culposo de la previsibilidad ("si el delincuente pudo prever este resultado"), en los casos de aborto seguido de muerte (Art. 160 y 161); el abandono seguido de muerte (Art. 180); la omisión o abuso de tutela seguida de lesiones graves y muerte (Art. 185); las lesiones seguidas de muerte (Arts. 165 y 166).

EL ERROR DE PROHIBICIÓN O COMPRENSIÓN CULTURALMENTE CONDICIONADO Y SU TRATAMIENTO JUDICIAL EN LOS DELITOS DE VIOLACIÓN SEXUAL

MAG. MARÍA DEL CARMEN CORNEJO LOPERA
Juez Titular del Segundo Juzgado Penal de Lambayeque

Es preciso dejar sentado que en la doctrina algunos autores se refieren al error de prohibición culturalmente condicionado y otros al error de comprensión culturalmente condicionado; no siendo otra cosa que el error de comprensión culturalmente condicionado, que es una forma del error de prohibición; esto es la falta de conocimiento de la antijuricidad del acto o del conocimiento del ilícito, de tal forma que pertenece al elemento de la culpabilidad.

Es menester definir el concepto básico de error, el cual entendemos como la falsa idea o noción de algo, y por ignorancia al desconocimiento sobre algo, lo que nos conduce a un error sobre una determinada conducta.

Así, definido el error en términos generales y la ignorancia; habrá que distinguir entre el error de tipo y el error de prohibición a fin de poder ubicarnos de manera específica en el tema que motiva el presente trabajo.

ERROR DE TIPO Y ERROR DE PROHIBICIÓN

1) ERROR DE TIPO

Es aquel error que recae sobre los elementos que se exigen en el tipo penal del injusto; es decir es la falta de representación que recae sobre algún elemento configurador del tipo objetivo; esto respecto a los delitos de violación sexual está referida a la violencia física o grave amenaza y el acceso carnal, con una persona; de esta forma el sujeto activo desconoce o ignora el significado social del comportamiento que está desarrollando, por lo que su concurrencia elimina la posibilidad de la presencia del dolo (excluye la tipicidad dolosa de la conducta).

En el Error de Tipo tanto los causalistas como los finalistas arriban a una conclusión; que el error de tipo excluye el dolo y deja subsistente la culpa, esto es, la responsabilidad por imprudencia exigible cuando está previsto en la ley el tipo imprudente.

2) ERROR DE PROHIBICIÓN:

El error de prohibición es siempre un problema de la culpabilidad; es el error que recae sobre la comprensión de la antijuricidad de la conducta y puede ser:

2.1) VENCIBLE; cuando no afecta la tipicidad dolosa o culposa que está afirmada al nivel correspondiente, teniendo como efecto sólo disminuir la reprochabilidad traducida en el quantum de la pena. Es decir ésta forma de error sólo disminuye la responsabilidad y la pena. Doctrinariamente así como en la práctica es difícil establecer cuando se trata del error de prohibición vencible o invencibles, sin embargo por regla general se tiene como vencible al error que estuvo en la posibilidad de ser superado por el sujeto. Esta forma de error siempre impide que el sujeto comprenda la antijuricidad de su actuar.

2.2) INVENCIBLE; cuando con la debida diligencia el sujeto no hubiese podido comprender la antijuricidad de su injusto, y tiene como efecto eliminar la culpabilidad.[1] Es decir aquél que no le fue exigible superar dadas las circunstancias en que se desarro-

[1] Tratado de Derecho Penal. Fundamentos para Determinar la pena y las Medidas de Seguridad. Momethiano Zumaeta, Eloy Editorial San Marcos. Lima. Primera Edición 2001 Pág. 185. El error de prohibición invencible no hace posible la comprensión de la antijuricidad, porque afecta la posibilidad de conocimiento de la antijuricidad, sin embargo no puede exigirse la comprensión de la misma, ya que esta forma de error de prohibición es el error de comprensión, es decir el error que evita la internalización de la norma, por mucho que la misma sea sabida.
[2] Manual de Derecho Penal. Zaffaroni, Eugenio. Ediciones Jurídicas. Lima Perú 1994 pág 539.
El error que recae sobre el conocimiento de la antijuridicad hemos visto que es un error de prohibición, sea directo (cuando recae sobre la norma prohibitiva misma), sea indirecto (cuando recae sobre la permisión de la conducta). No obstante, puede haber casos en que el sujeto conoce la prohibición y la falta de permiso y, sin embargo, no le sea exigible la internalización de la pauta que conoce.
[3] Cabanellas, Guillermo; Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, 15va Edición Buenos Aires 1981 Tomo II. Pág. 447. cultura.- Aptitud de conocimiento y del saber como resultado del estudio, del trato social, de viajes y de otras fuentes de vida y relaciones
[4] cultura homogénea, definida como aquel conocimiento heterogéneo donde existe igualdad o similitud entre los elementos que la integran.

lló el hecho o las condiciones personales del agente.

En otros casos el sujeto tiene la posibilidad de conocer la antijuricidad de su actuar pero no se le puede exigir que lo comprenda.

El Error de de Prohibición que afecta el conocimiento de lo antijurídico puede ser:

A.1.-Error de Prohibición directo.- Cuando el error recae sobre el conocimiento de la norma prohibida; o sea cuando el sujeto desconoce el contenido de la norma penal o aún cuando tenga un conocimiento completo de la norma pero que, por razones ulteriores no la crea vigente. Como en el ejemplo de que un sujeto ignora que la eutanasia está prohibida.

A.2.-Error de Prohibición Indirecto.- Se da cuando recae sobre la permisión de la conducta, pudiendo consistir en la falsa suposición de existencia de un permisivo no reconocido por la ley. Si el error recae en la autorización del comportamiento ya porque se crea que lo beneficia una norma que lo permite, la cual no está reconocida en la ley, o sea porque se tenga la convicción de que se actúa justificadamente. Así como cuando un sujeto deja su vehículo para que lo reparen y no lo recoge en un plazo determinado y lo vende para cobrarse lo adeudado.

B.1.- Error de Comprensión.- Es aquél que afecta directamente la compresión de la antijuricidad, pero no el conocimiento; así tenemos el caso del indígena que masca (piccha) coca y no puede internalizar que existe una norma que lo prohíbe, por cuanto es algo arraigado en su vida como costumbre.

El error de prohibición invencible es el que nos interesa tratar ya que a veces afecta la posibilidad de conocimiento y en otras veces el conocimiento de la culpabilidad pero ésta no puede exigir la comprensión de la misma, siendo ésta la forma del error de comprensión culturalmente condicionado.

Esta forma de error no la podemos identificar como el error de derecho por cuanto no son lo mismo.

Definición Doctrinaria

Eugenio Zaffaroni,[2] ha sido uno de los impulsores del error culturalmente condicionado en el derecho penal. Esto no debe extrañarnos de porqué haya nacido un interés por esta forma de error en la doctrina jurídica latinoamericana, ya que como bien sabemos es en nuestro medio donde se producen los choques entre las normas penales (estatales) y la cultura indígena, lo cual nos permite analizar la dimensión de las posturas sobre el error de prohibición. Es quien define de la siguiente forma al Error de Prohibición: "Como aquel error que recae sobre la compresión de la antijuricidad de la conducta".

Nuestro Código Penal, en el artículo 15 , Libro Primero de la Parte General, establece el error de prohibición culturalmente condicionado definiéndolo como: " El que por su cultura o costumbres comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión, será eximido de responsabilidad. Cuando por igual razón, esa posibilidad se halla disminuida, se atenuará la pena". Artículo que posteriormente analizaremos.

Debemos partir por definir qué es la "comprensión", entendida ésta como el nivel

---

[5] Zaffaroni Eugenio Tratado de Derecho Penal Parte General pág. 82

[6] Roxin, Claus; Problemas Actuales de Dogmática Penal. Ara Editores Pág. 130
…Sin embargo, aquí rige lo que ya he dicho sobre la claridad de la representación de cada una de las circunstancias del hecho. Es suficiente que el autor sepa de lo prohibido aún cuando no piense en ello en ese momento, Se puede conocer con frecuencia tal "conciencia" por el hecho de que el autor actúa en secreto o toma otras medidas para no ser descubierto. Pues de allí resulta que existe la conciencia de injusto y se efectiviza en la forma de la comisión de los hechos. Por el contrario, no basta para conciencia del injusto que al autor se le haya anteriormente hecho saber la prohibición pero entretanto ya la ha olvidado. En ese caso se encuentra en un error de prohibición aun cuando hubiera podido llegar a comprender el injusto a través de la reflexión. Esto puede llevar a la evitabilidad del error de prohibición pero no cambia nada en cuanto a su existencia.
A menudo la falta de comprensión del injusto, o sea el error de prohibición, se puede observar por el hecho de que el autor actúa abierta y despreocupadamente.

[7] Zaffarroni,R.E. Manual de Derecho Penal, pág. 583.

de captación humana que implica internalizar o introyectar, que encierra o presupone el simple conocimiento. Es decir que no todo conocimiento presupone comprensión pero sí toda comprensión presupone conocimiento.

En este presupuesto debemos entender que el error de comprensión es lo que el sujeto no internaliza de la pauta cultural[3] reconocida por el legislador. Entendiendo que en nuestro país la cultura no es homogénea[4] sino que en unas zonas geográficas es más amplia y en otra más reducida, añadiendo a ello costumbres en cierta forma, ancestrales.

Definido el error como "la inexigibilidad de la internalización de la pauta cultural reconocida por el legislador, en razón de un condicionamiento cultural diferente"[5].

Referido así entendemos que una persona o individuo que se ha criado, se ha desenvuelto en una cultura distinta a la nuestra (occidentalizada) y que ha interiorizado desde pequeño pautas de conducta así como valores distintos a los nuestros, no puede entender o comprender lo que nosotros hemos fijado como pautas de conducta.

Es un error que por regla general, será un error invencible de prohibición que elimina la culpabilidad de la conducta.

Así, el error de prohibición siempre impide la comprensión de la antijuricidad (ilicitud del hecho) cuando es invencible, pero a veces lo hace porque afecta la posibilidad de conocimiento; en tanto que en otros casos hay conocimiento de la antijuricidad pero no se puede exigir la comprensión, es decir el error impide la internalización o introyección de la norma aún cuando ésta sea conocida.

El autor actúa en error de prohibición cuando al cometer el hecho, es decir en el momento de la acción, le falta la comprensión del injusto. ¿Pero qué significa esta comprensión del injusto cuya presencia se excluye desde el principio un error de prohibición?[6], significa que si el autor, al momento de cometer el hecho delictivo tuviera que pensar en la prohibición de la norma, la mayoría de delincuentes actuarían bajo un error de prohibición, ya que en el momento del hecho tienen en la cabeza cosas distintas a ésta. Es decir el autor debe saber, conocer de lo prohibido aún cuando no esté pensando en ello al momento del hecho.

TIPOS DE ERROR CULTURALMENTE CONDICIONADO.

Siguiendo al profesor Zaffaroni, la figura del error de prohibición como error culturalmente condicionado se presenta de tres formas:

- Como error de compresión.
- Como un caso de conciencia disidente.
- Como una justificación putativa.

- **Como un error de comprensión.**

Se presenta cuando a una persona de otra cultura le es imposible entender y aceptar una norma prohibitiva o imperativa de una conducta, que establece como ilegítima una acción u omisión, que para sus efectos está dentro de lo normal. En esta primera forma de error culturalmente condicionado el autor recurre a un claro ejemplo para ilustrar el punto, siendo que relata el caso de un sujeto miembro de una comunidad indígena que tiene desde hace varios siglos sus propios ritos para los funerales y sepelios, los cuales muy probablemente se apartan de la reglamentación existente para las inhumaciones, incurriéndose en ese supuesto en

…en estos supuestos estaremos en un error invencible de prohibición en la forma de error de comprensión.

[8] Peña Cabrera, R. Revista de Derecho Penal y Criminología 1993. Pág. 668
[9] Citado por Felipe Villavicencio Terreros en Código Penal Comentado T. I Titulo preliminar Parte General Gaceta Jurídica Pág.- 501 y ss
[10] Zaffaroni, E.R. Pág. 584
[11] Alertanet en Derecho Y sociedad Law&Society "Sistema Penal y Pluralismo Jurídico: Lineamientos a Interpretar la Legislación Peruana. Francia Sánchez Luis.
[12] Espino Pérez, Julio D. Código Penal – Concordancias, Código Penal de 1924 artículo 90 página 111
[13] Espino Pérez, Julio D. Código Penal – Concordancias, Código Penal de 1924 Título VII del Libro I página 82
[14] Espino Pérez, Julio D. Código Penal – Concordancias, Código Penal de 1924 artículo 42 página 61 y sgte.
[15] El pluralismo jurídico clásico implica la coexistencia de uno o más derechos nativos al lado del derecho oficial, dentro del mismo marco social,

una tipicidad contravencional, siendo muy duro entonces – para el tratadista- exigirle al indígena que abandone todas esa pautas para adecuarse a las nuestras, y a la misma vez reprocharle el que no lo haya hecho.[7]

Según el autor, en este supuesto se está ante un error de comprensión invencible: "porque no se nos podría exigir la posibilidad de comprender la antijuricidad de la conducta, en el sentido de internalizar las normas. En estos supuestos estaremos ante un error invencible de prohibición en la forma de error de comprensión; particularmente relevantes serán en este sentido los errores de comprensión culturalmente condicionados, es decir, cuando el individuo se ha desarrollado en una cultura distinta de la nuestra y ha internalizado desde niño pautas de conducta de esa cultura, como en el ejemplo de inhumación clandestina del indígena que expusimos.

Las dificultades para la comprensión de la norma radican en los condicionamientos culturales, la persona conoce la norma prohibitiva pero no la puede interiorizar porque existen razones culturales que se lo impiden. El condicionamiento puede llevarse a cabo no sólo cuando se cree erradamente que se actúa lícitamente (conocimiento equívoco), sino también cuando el agente ni siquiera se ha planteado seriamente las dudas o padece de ignorancia absoluta sobre la ilicitud del hecho.[8]

El profesor Hurtado Pozo[9], al comentar el tema, señala lo siguiente: "…al elaborarse el nuevo Código Penal, se ha considerado de modo particular los efectos de la especificidad cultural sobre la responsabilidad penal (…) este cambio implica la búsqueda de nuevas formas de tratamiento de los miembros de las comunidades culturales diferentes en caso de que cometan un acto considerado delictuoso por el sistema penal predominante. El objetivo ha sido el de abandonar todo criterio étnico o cultural para calificar a estas personas como incapaces; si bien parece que los redactores del texto legal buscaron regular, en tanto causa de no culpabilidad, el denominado "error de prohibición culturalmente condicionado", lo que hicieron fue prever la incapacidad de comprender el carácter delictuoso del acto o de determinarse según esta apreciación por razones de cultura o de costumbre; esta incapacidad no se debe, como en el caso de la inimputabilidad a una anomalía psíquica, a una alteración grave de la conciencia o a alteraciones de percepción que afecten gravemente el concepto de realidad por parte del autor.

• Como un caso de conciencia disidente.

En esta modalidad de error, dice el tratadista argentino Zaffaroni, que existen casos en los que el sujeto tiene conocimiento de la prohibición y de la ausencia de permiso, y sin embargo no le es exigible la interiorización de la pauta que conoce para que actúe conforme a ella por razones culturalmente condicionadas, siendo constitutivo de un error invencible con exclusión de la culpabilidad.[7]

Así señala Zaffaroni: "debe aceptarse como realidad que quien obra con conciencia disidente, es decir, quien siente su obrar como resultado de un esquema general de valores distinto del nuestro, tiene algo al menos reducida su capacidad de internalizar la antijuricidad. La llamada conciencia disidente siempre nos dará un menor grado de reproche pero por sí misma no excluirá la culpabilidad

---

por ejemplo las comunidades campesinas y nativas y las rondas campesinas.

[16] Constitución de 1993. Bernales Ballesteros , Enrique. Editora Rao. Lima Perú. 4ta Edición 1998.pág 107
"Artículo 1.- La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado". … En síntesis, la declaración de este artículo primero es de la mayor importancia en cuanto delimitación del marco conceptual de toda Constitución, precisión de sus alcances y ubicación de los contenidos orientadores para su interpretación.

[17] Tratado de los Delitos contra la Libertad e Indemnidad Sexuales. José Luis Castillo Alva. Gaceta Jurídica. Lima Perú.1ra. Edición. 2002. pág 21. citando a Diez Ripollés José Luis; El Objeto de Protección del nuevo Derecho Penal sexual; en Revista de Derecho Penal y Criminología. 2° época N|6, p.70.

[18] Tratado de los Delitos contra la Libertad e Indemnidad Sexuales. José Luis Castillo Alva. Gaceta Jurídica. Lima Perú.1ra. Edición. 2002. pág 21. citando a Diez Ripollés José Luis; El Objeto de Protección del nuevo Derecho Penal sexual; en Revista de Derecho Penal y Criminología. 2° época N°6 (200), p.73.

y menos aún neutralizará el eventual juicio de peligrosidad a nivel de individualización de la pena. De cualquier manera habrá casos de conciencia disidente en que aparezca un verdadero error de comprensión invencible y, en tales supuestos no habrá culpabilidad. Particularmente relevantes serán en este sentido los errores de comprensión culturalmente condicionados.[10]

El autor que obra con conciencia disidente, (con conciencia errada) es decir aquél que obra como resultado de un esquema general de valores distinto al nuestro, tiene algo menos reducida su capacidad para internalizar la antijuricidad de su actuar. En este punto nos referimos al individuo que pertenece no a una cultura distinta a la nuestra, si no a aquél que se encuentra en la nuestra pero que no se ha integrado valorativamente; ya que como bien sabemos en el seno de nuestra cultura y en las distintas zonas geográficas de nuestra nación tenemos subculturas que siempre muestran o poseen una faceta disidente, propia del dinamismo social y humano.

La llamada conciencia disidente, autoría por conciencia u objeción de conciencia siempre dará un menor grado de reproche, pero por sí misma no excluirá la culpabilidad y menos aún neutralizará el eventual juicio de peligrosidad a nivel de individualización de la pena. Tal como afirma el profesor Luis Francia[11] si aceptamos que el derecho penal pueda quedar en manos de la conciencia individual, se corre el riesgo de que cualquier persona pueda alegar que actúo bajo un error de comprensión porque sus valores son distintos a los del que actuó bajo un error de comprensión porque sus valores son distintos a los del derecho penal social oficial; de ahí la importancia de puntualizar que la conciencia disidente se da cuando el sujeto experimenta como un deber de conciencia de cometer el injusto , es decir que sus valores le exigen no obedecer la norma penal.

El error de comprensión culturalmente condicionado, por lo general será un error invencible de prohibición, que eliminará la culpabilidad de la conducta, por mucho que la conciencia disidente, en principio no es una causa de inculpabilidad. Es decir que se trata de grados de exigibilidad de la comprensión que, como sucede con toda la problemática de la culpabilidad, se traducen en grados de reprochabilidad, los mismos que no son siempre sencillos de valorar.

El profesor Raúl Peña Cabrera, considera que si bien es cierto que esta forma de error de prohibición también alcanza a la conciencia disidente, en el caso de nuestra legislación, la especificidad está referida a lo culturalmente condicionado.

• Como justificación Putativa.

Para Zaffaroni, se establece la eventual posibilidad de estar ante una situación de error de prohibición indirecto o justificación putativa, pero culturalmente condicionada. Como en el caso que expone de una cultura indígena ecuatoriana, donde a lo interno del grupo se tiene el falso convencimiento de que el hombre blanco siempre les matará en cuanto les vea, de modo que estos deben adelantarse a esta acción, entendiendo lo anterior como un acto de legítima defensa putativa culturalmente condicionada.

El Caso del Error Culturalmente Condicionado en la Legislación Penal.

Entre los antecedentes legales del vigente artículo 15 del Código Penal, que

---

[19] Peña Cabrera, Raúl. Tratado de Derecho Penal. Volumen II Parte Especial, Lima 1982. Pág 301 y ss.
[20] Reyna Alfaro, Luis. Los Delitos Contra la Libertad e Indemnidad Sexual. Enfoque Dogmático y Jurisprudencial. Jurista Editores Primera Edición Lima Perú Pág. 129 citando a Diez Ripollés José Luis. El Objeto de Protección del Nuevo Derecho Penal sexual Pág. 52.
[21] Tratado de los Delitos contra la Libertad e Indemnidad Sexuales. José Luis Castillo Alva. Gaceta Jurídica. Lima Perú.1ra. Edición. 2002. Pág. 18
[22] Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. G Cabanellas Tomo VIII Editorial Heliasta S.R.L. 15 Edición. Buenos Aires Argentina. Pág. 389.
[23] T.S. Vives Antón. Derecho Penal Parte Especial 3ª Edición Valencia España 1999. Editorial Tirant Loblanch. Artículo de Enrique Orts Berenguer Pág. 221 y ss. Tenemos pues, con arreglo a la jurisprudencia resumida, compartida en líneas generales, que violencia es poder físico proyectado sobre el cuerpo de la víctima, no necesariamente irresistible, ni tampoco cuantificable a priori, pero sí lo bastante intensa como para cometer al sujeto pasivo; intensidad a evaluar atendiendo a las circunstancias del sujeto pasivo, sin perder nunca de de vista el presupuesto fáctico de esta variante violación: una persona la asaltada, por pura lógica, en inferioridad de condiciones frente al o a los asaltantes, también lógicamente, en un posición de ventaja. De superioridad respecto de aquella. En semejante situación, una vez el agredido comprende que el ataque es real, no es

podemos citar se encuentra el Código de 1924; en donde el legislador estableció un trato diferenciado para aquellos hechos delictivos cometidos por sujetos de otro ámbito cultural diferente al reconocido legalmente u oficialmente.; así tenemos que el artículo 44 de dicho cuerpo legal establecía:

"Tratándose de delitos perpetrados por salvajes, los jueces tendrán en cuenta su condición especial, y podrán sustituir las penas de penitenciaría y de prisión por la colocación en una colonia penal agrícola, por tiempo indeterminado que no excederá de veinte años"

Y el artículo 45 del mismo cuerpo normativo, establecía:

"Tratándose de delitos perpetrados por indígenas semi-civilizados o degradados por la servidumbre y el alcoholismo, los jueces tendrán en cuenta su desarrollo mental, su grado de cultura y sus costumbres, y procederán a reprimirlos, prudencialmente, conforme a la regla del artículo 90[12]. Podrán así mismo en estos casos, sustituir las penas de penitenciaria y de relegación por la colocación en una colonia penal agrícola por tiempo indeterminado no mayor que el correspondiente al delito, señalando el plazo especial en que el condenado está autorizado a obtener la libertad condicional con arreglo al título VII.[13] Podrán también reemplazar la pena de prisión según el procedimiento en el artículo 42." [14]

Como vemos el antecedente legal más próximo es el Código Penal de 1924, el mismo que establecía diferencias sustanciales entre los peruanos, así hombres civilizados; indígenas semicivilizados o degradados por la servidumbre o el alcoholismo y salvajes. Distinción etnológica y antropológica que distaba de lo establecido por la Constitución vigente de la época, siendo un concepto propio de la época de la conquista considerando la cultura accidentalizada como superior a la propia del lugar. Presupuestos que se valoran para determinar la Culpabilidad y la Pena.

En el presente artículo, no podemos dejar de mencionar que paralelamente a la figura del error, respecto a la graduación de la culpabilidad del agente, tenemos en la norma sustantiva el artículo 45 del Código Penal que establece : "El juez, al momento de fundamentar y determinar la pena deberá tener en cuenta:

Las carencias sociales, que hubiere sufrido el agente; su cultura y sus costumbres; y

Los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependen.

Es así que este artículo permite que ante situaciones en las que no es factible la aplicación del error, el juzgador gradúe la pena tomando en cuenta esas circunstancias. Lo que quiere decir que hay un reconocimiento legal en forma expresa de la importancia del condicionamiento cultural en la comisión de un hecho ilícito o delictivo, además de la situación del error de prohibición culturalmente condicionado, los que utilizados de forma correcta por el juez, pueden regular la imposición de una pena privativa de la libertad, llevándolo inclusive por debajo del mínimo legal o bien pudiendo imponer penas más racionales.

COMENTARIO AL ARTÍCULO 15º DEL CODIGO PENAL:

El actual texto del artículo 15º del Código Penal prescribe: "El que por su cultura

---

extraño que desista de resistir por la convicción de la inutilidad de tal empeño y por temor al incremento de la fuerza de sufrir daños mayores acaso irreparables; lo cual lo levará aparejado, normalmente a un descenso en la violencia, sin que ello legitime a pensar que la fuerza no ha sido la suficiente o que no ha habido una resistencia a los propósitos del delincuente.

[24] Calderón Cerezo, Ángel. y Choclán Montalvo José Antonio. Derecho Penal Tomo II. Parte Especial Editorial Bosh S.D. España. Segunda Edición Mayo 2001. Pág. 101 y ss. "La violencia o intimidación no deben entenderse en términos absolutos esto es que su magnitud o intensidad impidan cualquier reacción por parte de la víctima, bastando con que conste la utilización de la violencia, la agresión o la amenaza por parte del sujeto activo, y la oposición decidida y constante de aquella, sin que le sean exigibles actos de resistencia más allá de lo que se considere razonable atendidas las circunstancias.

[25] Zaffaroni Eugenio Raúl. Manual de Derecho Penal pág. 543

o costumbres comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión, será eximido de responsabilidad. Cuando por igual razón, esa posibilidad se halla disminuida, se atenuará la pena".

Es importante resaltar que el artículo 15º del Código Penal, plasma el reconocimiento que el artículo 149 de la Constitución Política hace de la diversidad cultural de nuestro país.

Del tenor del artículo 15º se desprenden dos situaciones a saber: la primea como el "error culturalmente condicionado" y la segunda como "conciencia disidente"; esto es que en el primer supuesto se excluye la culpabilidad y toda sanción penal; mientras que el segundo supuesto disminuye la culpabilidad y por tanto la sanción penal.

En el supuesto del error de comprensión culturalmente condicionado, tenemos primero que considerar lo que se entiende por comprensión; esto es el conocimiento internalizado de algo; en consecuencia el error por comprensión es la inexigibilidad de la internalización de una pauta cultural reconocida por el legislador en razón de un condicionamiento cultural diferente.

EL error culturalmente condicionado se diferencia entre error vencible y vencible, siendo que el primero se da cuando el agente pudo haber salido de su estado de error y es vencible

El error como conciencia disidente, está referido a cuando un sujeto siente su accionar o actuar como resultado de un esquema general de valores distinto al nuestro.

Cuando el texto del artículo en comento, utiliza el término "costumbre" para referirse a esta problemática y de esta forma, asume una variante nueva del pluralismo jurídico[15] que importa según vemos la coexistencia pacífica de varias formas de derecho o sistemas jurídicos al lado del derecho social, dentro del espacio cultural social de este último. Sin perder de vista que lo que quiere decir es el conjunto de patrones y valores que el individuo posee y que en cierta forma originan una exigencia de no obediencia a la norma penal; por cuanto existe una disminución de la capacidad de comprensión e internalización de la norma.

Por lo que no debemos perder de vista que cuando se trata de procesados indígenas, quienes en nuestro país han sido y aún son víctimas del sometimiento de sus costumbres a una legislación penal que en muchos casos desconocen y que les ha sido impuesta, de modo indiferente, como a cualquier ciudadano, sin tener en cuenta sus peculiaridades las que de cierto modo inciden en el conocimiento de la ley, que no está referida a una cuestión de inimputabilidad sino a condicionamientos culturales que les dificultan o les impiden asumir como propias dichas normas penales.

En el caso específico de los delitos sexuales cometidos en agravio de menores de edad, que se han realizado con el consentimiento de la "supuesta" víctima, éstos no siempre reflejan un conflicto entre el individuo y la sociedad, sino una contraposición entre los distintos sistemas sociales que tenemos en el país así como en las distintas formas de entender la vida. Prácticas sexuales que podemos considerar moralmente inaceptables, y que penalmente se castigan con pena privativa de la libertad; sin embargo entre los indígenas o sujetos de grupos culturales distintos al nuestro, es una práctica común y a veces considerada como necesaria, donde la mujer tiene derecho de disposición sobre su sexualidad y generalmente tiene relaciones con miembros de de su grupo aproximadamente a la edad de doce años de edad, de tal forma que asume un rol de mujer adulta.

Por ejemplo en nuestra serranía tenemos el servinacuy, o amañamiento, la cual consiste en una costumbre ancestral, experimentada por el chango y la imilla, cuando en ellos despierta el amor; o en algunas zonas de la costa el varón rapta a la mujer y luego se llega a un arreglo entre los padres

de la pareja, ¿en estos supuestos sería conveniente aplicar el derecho estatal? ¿debemos aplicar el error de prohibición? o respetar la costumbre y no dar cabida a que la justicia occidental transgreda la costumbre de los pueblos; considerando que el autor o infractor se ha desarrollado en una cultura distinta a la nuestra con costumbres ancestrales y que finalmente ha internalizado desde niño pautas culturales distintas.

El error de prohibición, conforme entendemos está plasmado en el Código Penal, se encuentra en el conocimiento de la antijuricidad, es decir el error está referido entonces al desconocimiento que tiene el autor de la desaprobación jurídico penal del acto, siendo una de las formas más cotidianas el error de comprensión culturalmente condicionado por prácticas sexuales tempranas por la costumbre arraigada en los pueblos, la norma expedida tal como se nos presenta no muestra un estudio o apoyo de algunas ciencias sobre la conducta punible que desde luego sería lo más aconsejable, mas bien una severa política criminal asociada directamente a aplicar la máxima medida coercitiva personal de detención dentro del proceso

EL DELITO DE VIOLACION SEXUAL

El Delito de Violación Sexual en sus diferentes figuras, se encuentra previsto en el Titulo IX del Código Penal vigente; siendo el artículo 170 de dicho cuerpo legal al que jurídicamente llamamos el tipo base; el cual establece lo siguiente: “El que con violencia o grave amenaza, obliga a una persona a tener acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primera vías, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de seis ni mayor de ocho años”.

Entendiendo en términos generales que el delito de Violación Sexual es el acceso carnal (coito vaginal, anal o bucal o introduciendo objetos a las dos primeras vías) con una persona de igual o diferente sexo, haciendo uso de la violencia física, o la grave amenaza.

Es decir que para que la conducta realizada por el agente activo del delito de violación sexual se de; se requiere de dos elementos constitutivos, que son:

a.- Empleo de violencia física o grave amenaza y,
b.- Realización del acto sexual u otro análogo.

De donde se desprende que necesariamente debe existir en forma imprescindible la aplicación de violencia que equivalen al disvalor de la acción y que sirve como medio para la consumación del delito, así como la realización del acto sexual u otro análogo; caso contrario nos encontramos ante una situación atípica, la cual no se encuentra protegida por el Derecho Penal.

A) CONSIDERACIONES GENERALES

El delito de Violación Sexual en nuestro ordenamiento penal ha sido objeto de innumerables modificaciones, caracterizándose por ser perseguibles de oficio en cualquiera de sus modalidades; ello por cuanto los propios ciudadanos a través de los legisladores han optado por proteger a los individuos de intromisiones en la esfera del desenvolvimiento de su libertad y en su caso indemnidad sexual.

A lo largo del tiempo, la religión, la moral, las costumbres y las convenciones tuvieron importante poder para regular las conductas humanas en la sociedad, pero también el transcurso del tiempo y el avance del conocimiento científico han hecho que pierdan fuerza, habiendo asumido el derecho penal el que tiene que decidir, prescribir de forma vinculante lo que tiene o no que hacer el sujeto, el individuo. Sin perder de vista que la convivencia social tiene como base la libertad del individuo, entendida ésta de manera amplia, y como un derecho fundamental de la persona humana, que constituye uno de los pilares de un estado democrático de derecho adoptado por nuestra carta constitucional.

A.1) LIBERTAD SEXUAL Y LIBERTAD PERSONAL

El título IV de nuestro Código Penal,

está referido a los Delitos Contra la Libertad y el capítulo IX del Código Penal, se refiere expresamente a la Violación de la libertad Sexual; la misma que forma parte esencial de la dignidad de la persona humana, la que es a su vez reconocida por el artículo 1° de la Constitución Política vigente[16]. La actual realidad legislativa se diferencia del Código Penal anterior, en donde el encabezamiento de los delitos sexuales era la "La Libertad y honor sexuales" que por su lado se subsumía dentro del rótulo genérico del Título de las "buenas costumbres".

Así la libertad sexual, es una manifestación individual de la libertad personal que expresa la facultad y el poder de autodeterminarse de manera espontánea y sin coacción externa, abuso o engaño dentro del ámbito de las conductas sexuales.[17] Entendida así es la libertad referida al ejercicio de la propia sexualidad, y de la disposición del propio cuerpo. Por lo que la libertad constituye en nuestro ordenamiento personalísimo un bien-fin, primario, interno de la persona humana; siendo que los condicionamientos culturales existentes en nuestra sociedad hacen ver que la privación del libre ejercicio de su sexualidad o el obligar a la víctima a disponer de una de las dimensiones más importantes de su personalidad, reviste desde el punto normativo social una mayor gravedad que cualquier simple atentado contra la libertad personal.

Por lo que podemos resumir que la libertad sexual no sólo pretende garantizar a toda persona que posea la capacidad de autodeterminación su real y concreto ejercicio, sino que busca asegurar que los comportamientos sexuales que se realizan en una sociedad democrática (basada en el respeto de los derechos fundamentales de las personas) ocurran siempre en condiciones de libertad individual de los partícipes o sujetos involucrados.

Destacando que en el Derecho Penal sexual lo que se protege es la libertad sexual en la medida en que se pretende involucrar a una persona en un comportamiento sexual no deseado (donde el acto sexual se comete bajo el imperio de la violencia, consistiendo esto en el ejercicio de libertad sexual negativa); y en ningún caso se busca proteger al sujeto pasivo frente a una conducta que le impida llevar a cabo un comportamiento sexual con otra persona (con consentimiento, voluntad, liberad sexual positiva).

Es así que la libertad sexual en su sentido más amplio y genuino, comprende no sólo el sí, el cuándo, o el con quién se va a relacionar sexualmente, sino también el seleccionar, elegir y aceptar el tipo o clase de comportamiento y acción sexual en la que el sujeto quiere involucrarse. Por lo que bien puede ser entendida la libertad sexual como el poder ejecutar decisiones en el contexto de la libertad de obrar en el campo sexual.

A.1.2.) Principio de Fragmentariedad.

El principio de mínima intervención del Derecho Penal, en su vertiente de fragmentariedad debe impedir que en la concepción y formulación de los tipos penales se incluyan conductas que tienen contenido ético, moral, costumbrista, ancestral que son discutibles de validez, puesto que el Derecho Penal, no puede castigar atentados contra determinados sectores de lo que llamamos moral o social, ni puede sancionar la gama de conductas que realmente no atentan contra el ordenamiento jurídico.

A.1.3.) Libertad sexual, consentimiento y edad.

En los delitos contra la libertad sexual, se pueden clasificar, las modalidades de conductas que se utilizan a través de la violencia, la grave amenaza, el abuso o engaño, pero también es posible realizar una clasificación legal que tenga en cuenta el consentimiento y voluntad de la víctima.

Así, se alude a las conductas que se realizan venciendo la voluntad del sujeto pasivo, el cual opone algún tipo de resistencia.

En segundo término se tiene a las conductas sexuales que se realizan sin el consentimiento de la víctima o aquellas que se ejecutan sin darle oportunidad de manifestar su voluntad.

En tercer lugar tenemos las conductas o comportamientos en los que hay un consentimiento viciado de la víctima, general-

mente en los casos que hay una posición de superioridad sobre ésta.

Finalmente, el supuesto que nos interesa desarrollar en el presente trabajo, es el caso donde hay consentimiento de la víctima menor de edad, esto es menor de dieciocho años, ya que a partir de esa edad es el momento en el cual según nuestra legislación se estima que la víctima recién tiene capacidad para comprender el significado de su acto y puede determinase conforme a esa comprensión, de tal suerte que antes de esa edad el sujeto pasivo, carece capacidad y de los requisitos y condiciones elementales para ejercer su libertad sexual.

Esta referencia a la edad de la víctima, es meramente legal, puesto que la libertad de ejercicio de la sexualidad es libre y sólo encuentra limitaciones en la ley la cual pone reparos en el desarrollo personal basada en ciertas condiciones psíquicas o físicas .

Al respecto la norma material, olvida que nuestro país está conformado por una diversidad cultural, en la que la práctica sexual de menores es común en ciertas zonas, bien sea por que la persona considera haber adquirido una mínima conciencia y discernimiento respecto al ejercicio de su sexualidad, bien por costumbres ancestrales donde se considera que una mujer es apta para procrear y por lo tanto mantener una vida marital, porque en ciertos poblados una mujer de dieciséis años ya es mayor (vieja) ya no es una moza, o porque mientras más hijos tengan las familias es mejor por cuanto ayudan al trabajo y sostenimiento de los hogares; en todos estos supuestos que mencionamos, no hay rastros de comportamientos típicos como violencia, grave amenaza, abuso o engaño. Son conductas que se desarrollan conforme al medio socio cultural, así como a las concepciones ético morales que rigen en una determinada época y lugar donde se desarrollan los agentes que conforme a nuestra legislación llamamos víctimas.

Debe enfatizarse que las concepciones éticas - y en general los condicionamientos culturales - ejercen influencia, directa o indirecta, sobre los campos de la parte especial del Derecho Penal.[18] En la medida que forman parte de las convicciones generales que integran la noción del Derecho y la idea de justicia; de allí que el desterrarlas o excluirlas no constituye más que un buen deseo y sana intención, peso que posee una escasa eficacia práctica. Ya que los contenidos éticos se encuentran presentes en los delitos contra la libertad sexual, más que en cualquier otro sector de la parte especial, siendo expresión de la característica histórica a la que tradicionalmente se encuentran sometidas dichas infracciones que pertenecen a un ámbito de la vida humana tan sujeto a valoraciones subjetivas y a los más diversos prejuicios.

A.2) Conductas Típicas

Las conductas típicas que nuestro ordenamiento legal describe en el Capítulo IX del Título IV, y que interesa en el análisis del presente artículo, tenemos:

Artículo 170: “ El que con violencia o grave amenaza, obliga a una persona a tener acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeas vías, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de ocho años.

La pena será no menor de doce ni mayo de dieciocho años e inhabilitación conforme corresponda:

Si la violación se realiza a mano armada o por dos o más sujetos.

Si para la ejecución del delito se haya prevalido de cualquier posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima, o de una relación de parentesco por ser ascendente, cónyuge de éste, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción o afines de la víctima.

Si fuere cometido por personal perteneciente a las Fuerzas armadas, Policía Nacional del Perú, Serenazgo, Policía Municipal o vigilancia privada, en ejercicio de su función pública.

Si el autor tuviere conocimiento de ser portador de una enfermedad de transmisión sexual grave.

Si el autor es docente, auxiliar de educación de centro educativo donde estudia la víctima."

Artículo 173: "El que tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, con un menor de edad, será reprimido con las siguientes penas privativas de libertad:

Si la víctima tiene menos de diez años de edad, la pena será de cadena perpetua.

Si la víctima tiene ente diez años de edad, y menos de catorce, la pena será no menor de treinta años, ni mayor de treinta y cinco.

Si la víctima tiene entre catorce años de edad y menos de dieciocho, la pena será no menor de veinticinco años ni mayor de treinta años.

Si el agente tuviere cualquier posición, cargo o vínculo familiar que le dé particular autoridad sobre la víctima o le impulse a depositar en él su confianza, la pena para los sucesos previstos en los incisos 2 y 3 será de cadena perpetua."

Frente al artículo 170º, (conducta típica) nos encontramos ante una conducta de tensión e intimidación de naturaleza sexual, que puede expresarse como violencia física fáctica o como amenaza e intimidación. Obsérvese asimismo que la vis compulsiva debe ser grave, es decir, que no se trata de cualquier intimidación en la medida en que se refiere a una forma de poder efectiva y contundente. Para Raúl Peña Cabrera sería suficiente el acto inicial de violación aunque la víctima se someta tras el primer forzamiento al sujeto activo al despertarse su líbido.

La grave amenaza implica una forma de violencia moral que se orienta a inducir a la víctima a someterse al sujeto activo[19]. La culpabilidad en este delito se concreta a título de dolo porque el agente sabe que la voluntad de la víctima es contraria a sus deseos. La ejecución se consuma en el momento en el que se practica el acto sexual. Para Peña Cabrera no se requiere que la ejecución sea completa, es decir, que se produzca la eyaculación o la desfloración.

El Art. 170º contiene cinco supuestos de hecho de agravamiento del tipo simple de violación: la violación practicada a mano armada por dos o más sujetos, la practicada valiéndose de la posición o cargo particular sobre la víctima, la cometida por personas que ejercen función pública en ejercicio de la misma, cuando se realiza conociendo que se es portador de alguna enfermedad de transmisión sexual, y la que es realizada por un docente o auxiliar de educación.

En nuestra jurisprudencia se considera básicamente la desfloración vaginal o anal como principal medio probatorio que se obtiene a través de las dependencias Médico Legales Oficiales. Sin embargo las violaciones antiguas no pueden probarse de este modo.

A.3.) Bien Jurídico Protegido

El bien jurídico protegido por el Derecho Penal, en los delitos de Violación sexual, es la Libertad Sexual. Como manifestación de la libertad personal, que constituye además una expresión del principio de dignidad de la persona humana y que pretende asegurar que la actividad sexual de los ciudadanos se desarrollará dentro de determinados contornos de libertad.[20]

Así la libertad sexual puede definirse como: "El poder de autodeterminarse en función de la libertad de hacer en el ámbito de la sexualidad"; condicionada únicamente por el respeto de la libertad ajena. Entendiendo esta libertad sexual en su doble configuración positiva y negativa.

La libertad sexual entendida en su sentido positivo es aquélla que reconoce la capacidad de las personas de elegir en for-

ma libre la pareja y el modo de cómo relacionarse sexualmente, con la única limitación de la libertad de la otra persona; es decir es la libre disposición del cuerpo de la persona y de sus propias potencialidades sexuales.

La libertad sexual, en sentido negativo, supone la facultad y capacidad de rechazar intromisiones no deseadas en el campo de la propia sexualidad.

La legislación sobre la materia, está orientada a la protección de la libertad sexual, la que permite constatar el reconocimiento estatal de la importancia que asume el ejercicio de la libertad de la sexualidad, como valor esencial de la sociedad y como interés digno y merecedor de la protección que proporciona el Derecho Penal; mediante esta protección se pretende asegurar que los comportamientos sexuales en nuestra sociedad tengan siempre lugar en condiciones de libertad individual de los partícipes.

Sin embargo, es necesario precisar que la libertad sexual carece de capacidad para ser calificada como el interés protegido en toda la rúbrica de los delitos sexuales; en este aspecto y citando a Castillo Alva, "La referencia al bien jurídico libertad sexual, más allá de una alusión a una modalidad concreta de conducta comitiva, no agota ni cubre de manera satisfactoria el amplio sentido y la diversa variedad con la que se pueden configurar los delitos sexuales.[21] Apareciendo la indemnidad sexual como bien jurídico penal que complementa la tutela jurídica en el ámbito de la sexualidad.

A.4.) Elementos del Tipo Base de Violación Sexual:

Los elementos constitutivos o configurativos del tipo penal base de los delitos de Violación Sexual básicamente son dos:

1°.- Empleo de Violencia Física o Grave amenaza;

2°.- Obligar a tener acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o actos análogos.

A.4.1.) Empleo de Violencia Física

La violencia se caracteriza en los mismos términos en que la doctrina jurisprudencia entienden la voz "fuerza"; la violencia constituye una situación o estado contrario a la naturaleza, modo o índole; empleo de fuerza para arrancar el consentimiento[22] .

Es decir que la violencia (en los delitos sexuales) equivale a la fuerza física, medios de acción material que se proyectan y actúan sobre el cuerpo de la víctima, que sea suficiente y adecuada para el logro del fin perseguido; por lo que se mide por su idoneidad y por su eficacia no por su cantidad.

Es así que la violencia ha de ponderarse atendiendo al conjunto de circunstancias que rodean el hecho, tanto las concernientes al sujeto (víctima), edad del autor y sujeto pasivo, fortaleza física de uno y otro, así como considerando las circunstancias relativas al lugar ocasión, entorno etc.

Entonces entre la violencia y la acción sexual ejecutada ha de haber una conexión causal, de modo tal que pueda afirmarse que la segunda se ha producido como consecuencia de haberse utilizado la primera.[23]

Lo trascendente o lo importante, para el tipo penal es que el autor use violencia para doblegar la voluntad del sujeto pasivo y la emplee en la proporción suficiente para dejar bien sentadas las cosas ante este último, siendo su intención tener acceso carnal con él o introduciéndole un objeto y su decisión de hacerla realidad a toda costa.

Debemos resaltar que la violencia ha de aplicarse sobre la persona (víctima) con la que se desea tener acceso carnal y no sobre otra persona, como un hijo o hermano de la víctima, por ejemplo, con la amenaza de no cejar hasta que ésta no se someta al yacimiento, en este supuesto no estaríamos ante una agresión sexual con violencia sino con intimidación en concurso con posibles lesiones.

A.4.2.) Empleo de grave amenaza

La grave amenaza es equivalente a la coacción moral, al constreñimiento psicológico, a la amenaza de palabra o de obra de causar un daño injusto, posible e irreparable, presente que infunde miedo en el ánimo de

la víctima produciéndole una inhibición de la voluntad ante el temor de sufrir un daño mayor que la misma entrega; debiendo revestir las características de suficiencia y entidad bastante para poder vencer la resistencia del sujeto pasivo, sin que precise ser absoluta ni irresistible, puesto que se mide por su eficacia ni por su cantidad y ha de estar causalmente unida el acceso carnal. Debiendo de ser racional el miedo, esto es que debe ser fundado, no siendo así cuando el sujeto pasivo se atemoriza o impresiona con facilidad.

De tal suerte que entre la grave amenaza y el contacto sexual o carnal, ha de darse una relación de causa efecto, de tal modo que peda afirmarse que el segundo no se hubiera producido faltando la primera.

En este punto debemos añadir que con frecuencia la violencia y la grave amenaza, aparecen generalmente en forma conjunta, pues no es extraño que el agente activo emplee violencia y al mismo tiempo amenace con aplicar más, con causar mayores dolores o males a la víctima si continúa en su resistencia.[24]

A.4.3.) Acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o actos análogos.

Por acceso carnal, debemos entender no sólo el coito vaginal propio de las relaciones heterosexuales, sino también tras la reforma y modificaciones de la Ley 28704 del año dos mil seis, el obtenido por las vías anal, y bucal, con lo que el legislador amplía el tipo base del delito de violación sexual a otras modalidades que atentan contra el bien jurídico.

La introducción de objetos, como alternativa típica ha de circunscribirse a las vías vaginal o anal.

Tanto los objetos, como los órganos o partes del cuerpo deben ser aptos para el ejercicio de la sexualidad, excluyendo los que constituyen instrumentos de agresión o tortura física, por cuanto se trata de acciones que atentan contra la libertad sexual.

3.5. Libertad Sexual y conceptos culturales y edad

Debemos partir de la idea fundamental: aunque la sexualidad, como toda actividad cultural humana, tiene una base biológica, es decir, se basa en el cuerpo, su estructura, su fisiología y su funcionamiento; éstas no determinan la configuración o el significado de la sexualidad de una forma directa ni simple. Si esto fuera así, podríamos esperar que se registrara una gran uniformidad entre las diversas culturas. Sin embargo, la diversidad sexual que vemos es sorprendente: las actividades que se condenan en una sociedad son favorecidas en otras, y las ideas de lo que es atractivo, erótico, satisfactorio o, incluso, sexualmente posible varían considerablemente.

El papel de la cultura tampoco se limita a elegir ciertos actos sexuales (mediante alabanzas, estímulos o recompensas) y rechazan otros (mediante la ridiculización, el desprecio o la condena). La construcción social de la sexualidad es mucho más profunda y abarca hasta la forma de conceptualizar, definir, nombrar y describir el sexo en los distintos tiempos y en las distintas culturas. Aunque podemos dar nombre a algunos actos físicos determinados, como el sexo anal, el coito heterosexual, los besos, la felación o la masturbación, está claro que los significados personales y sociales que conllevan estos actos en términos de identidad sexual y comunidad sexual han variado históricamente, Sin negar el cuerpo, nos damos cuenta de que el cuerpo y sus actos se entienden según los códigos de significación dominantes en una cultura o subcultura.

Así tenemos que al revisar y analizar nuestra jurisprudencia, encontramos que no existen criterios uniformes en las resoluciones, respecto a casos o supuestos de hecho en que el autor en los delitos de violación sexual haya obrado bajo un condicionamiento cultural o conciencia disidente que nos orienten en la aplicación del mismo.

Podemos analizar que en muy pocas ocasiones nos permitimos reflexionar acerca de los criterios para administrar justicia

respecto a las relaciones internas y los conflictos existentes entre los grupos indígenas, refiriéndonos expresamente al Derecho Consuetudinario que con mucho esfuerzo perdura entre nuestra población, sobre todo hoy donde hablamos de derechos humanos, de igualdad ante la ley, olvidando que existen factores diferenciales entre la cultura de los grupos indígenas y la realidad de nuestra sociedad, que nos lleva necesariamente a un trato desigual, pues imponemos nuestras normas sobre las costumbres de aquéllos sin considerar su cultura y compresión de las mismas. Sostenemos en todo momento el principio de igualdad ante la ley, pero no consideramos los factores antes expuestos, y queremos aplicar la ley en forma vertical, con criterios de solución únicos, lo cual no siempre nos lleva a soluciones justas para estos grupos culturales o indígenas.

Por lo que nos encontramos frente a la búsqueda y aplicación de ciertas figuras penales que nos permitan considerar estas circunstancias que podríamos llamar especiales, que en determinadas circunstancias frente a la comisión de un delito de violación sexual, que para nosotros cumpliendo el tipo que la norma establece es ilícito, frente a lo que los indígenas pueden entenderlo como un hecho o acontecimiento que se enmarca dentro de sus costumbres ancestrales, moralmente tolerable o aceptable y que debido a su condicionamiento cultural puede no comprender la norma penal o entenderla pero no interiorizarla

En el derecho penal se han planteado diversas alternativas para el tratamiento legal del indígena, como sujeto de derecho penal y su juzgamiento cuando desarrolla una conducta que se encuentra tipificada como delito, en tanto y en cuanto este comportamiento lo haya realizado en razón a su condicionamiento cultural.

Citando al profesor Zaffaroni, podemos decir que el marco teórico está dado por el error de prohibición; el cual no pertenece a la tipicidad, ni se vincula con ella, sino que es meramente un problema de culpabilidad. Porque se relaciona con la comprensión de la antijuricidad de la conducta a realizar[25] .

Una frase muy conocida y utilizada con frecuencia es aquélla que está referida a la ineficacia o imposibilidad de recurrir a la ignorancia de la ley (ignoratia iurirs), para evitar una sanción penal, sin embargo éste principio que es del Derecho Privado, ha sido relativizado por el Derecho Penal, admitiéndolo en algunas situaciones muy raras y específicas como causal de exclusión o de disminución de responsabilidad ante la pretensión punitiva del Estado.

Ello porque no es posible omitir o no considerar que errar es humano, debiendo tener en cuenta que hay situaciones o hechos que devienen de un error, que por cierto lesionan un bien jurídico tutelado por el Estado, que en este caso es el derecho a la libertad sexual, pero que nuestro ordenamiento jurídico reprocha de igual forma que a aquellos hechos que son de naturaleza dolosa. El reproche que hace el Estado, no puede generalizarse teniendo en consideración que un gran número de la población de nuestro país es indígena y que tiene costumbres ancestrales y que aunado a ello encontramos una diversidad cultural.

Es decir que el Estado a través de las normas que dicta en el Congreso ignora o desconoce la diversidad cultural, situación que es común en los códigos de la región andina; así también encontramos que en algunos casos la pena del indígena se atenúa, en razón de el agente deba demostrar que se encontraba en una situación que le impedía conocer la norma penal.

ACERCA DE LA DETENCIÓN DOMICILIARIA

Por **MARÍA BETTY RODRÍGUEZ LLONTOP**
Juez (p) Octavo Juzgado Penal de Chiclayo

1. INTRODUCCIÓN

Entre la gama de derechos de vital importancia para el desarrollo de los seres humanos y uno de los más preciados, después de la vida, está la libertad. La trascendencia de la libertad reside en que ella se constituye como lo que diferencia a la persona de los demás seres del mundo en cuanto es su ser.[1]

En nuestro país, el derecho a la libertad individual ha sido incorporado como un derecho fundamental de rango constitucional y como tal está protegido por el ordenamiento legal. Al respecto Marcial Rubio[2] señala que "el sostener la libertad como derecho humano tiene, indesligablemente, estas dos consideraciones en la Constitución: Es una norma de medios formales para garantizar que ninguna persona o autoridad con poder pueda limitarla (mas allá de la ley establecida específicamente en tal sentido). Pero también debe ser correlacionada con otros derechos y, principalmente con el del libre desarrollo contenido en el inciso 11 del articulo 2 de la misma constitución".

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ha precisado que[3] "la libertad del procesado debe ser regla subrayando que la naturaleza excepcional de la privación de la misma se sustenta en las siguientes razones: el derecho preeminente la libertad personal, y el riesgo que dicha medida presenta en lo referente, por un lado, al derecho a la presunción de inocencia, y, por el otro, a las garantías del debido proceso legal, incluido el derecho de defensa".

Vemos pues que toda persona, como regla, debe gozar de la libertad y como excepción, por razones justificadas legalmente, se puede limitar la misma siempre que sea absolutamente necesario y no exista la posibilidad de aplicar otra medida menos gravosa que permita cumplir la misma finalidad. Como bien explica Claus Roxin[4] "para llevar a cabo el proceso penal son indispensables las injerencias en la esfera individual y, por cierto tanto para asegurar el proceso de conocimiento como para asegurar la ejecución penal". Este es el caso de las medidas coercitivas personales presentes en el proceso penal, lo cual supone restricciones al derecho del libre desplazamiento de las personas, dentro de las que podemos encontrar la detención domiciliaria.

Esta institución del derecho procesal ha sido incorporada a nuestro proceso penal con la puesta en vigencia del Art. 143 del Código Procesal Penal de 1991, y ha sido empleada en algunos casos de connotación nacional, relacionados con la corrupción; de ahí la importancia de su estudio.

Uno de los temas interesantes relacionados con esta institución del Derecho Procesal Penal, y que genera un gran debate es si debe abonarse el tiempo de arresto domiciliario al cumplimiento de la pena privativa de la libertad efectiva y si debe equipararse la detención preventiva con el arresto domiciliario para efectos del cómputo de la pena privativa de la libertad efectiva.

---

[1] JEAN PAUL SARTRE, citado por FERNÁNDEZ SESSAREGO Carlos, en "La Constitución Comentada" Tomo I, Primera edición; Gaceta Jurídica , 2005, pp 30.
[2] RUBIO CORREA Marcial, Estudio de la Constitución Política de 1993, Tomo I, Lima: Fondo Editorial PUPC, 1999, p. 434.
[3] SAN MARTÍN CASTRO, Cesar, Derecho procesal Penal, Lima: Grijley, 2003, p. 1094.
[4] ROXIN, Claus, Derecho Procesal Penal. Buenos Aires; editores del Puerto, 2000, p. 249
[5] Comentarios al Código Procesal Penal, citado por SÁNCHEZ VELARDE, Pablo, Manual de Derecho Procesal Penal IDEMSA, 2004. pp.225.
[6] GIARDA, A. citado por SÁNCHEZ VELARDE, Pablo en Op. Cit. pp. 745.
[7] **Artículo 143º.-** *Se dictará mandato de comparecencia cuando no corresponda la medida de detención. También podrá imponerse comparecencia con la restricción prevista en el inciso 1), tratándose de imputados mayores de 65 años que adolezcan de una enfermedad*

Ya cuando se promulgó la Ley 28568, cuyo artículo único modificó el artículo 47 del Código Penal, se dispuso que "el tiempo de detención preliminar, preventiva y domiciliaria, que haya sufrido el imputado, se abonará para el cómputo de la pena impuesta a razón de un día de pena privativa de la libertad por cada día de detención"; sin embargo ante las constantes críticas tuvo que ser derogada.

En este artículo pretendo realizar un estudio del tratamiento normativo de esta figura, así como de algunas posturas que se pronuncian sobre el tema de la equiparación de la detención domiciliaria y de algunas sentencias que el Tribunal Constitucional, ha desarrollado sobre la Detención Domiciliaria.

2. LA DETENCION DOMICILIARIA - CONCEPTO

Podemos decir, siguiendo a San Martín Castro, que la Detención Domiciliaria es la "limitación a la libertad ambulatoria del inculpado a determinado espacio físico que debe cumplirse fuera de sede penal o penitenciaria. Es el llamado arresto domiciliario o la permanencia del inculpado en su domicilio por orden judicial" No se trata de una medida cautelar autónoma sino una medida sustitutiva de la custodia en cárcel"[6]

3. CÓDIGO PROCESAL PENAL DE 1991

Marco Normativo

La detención domiciliaria la encontramos en el Art. 143[7] del C.P.P. de 1991, como una de las medidas restrictivas que el juez puede imponer al dictar la comparecencia con restricciones. Este y otros artículos del Código Procesal Penal de 1991, se pusieron en vigencia mediante el Art. 2º del Decreto Legislativo Nº 638, publicado el 27-04-91, vigente hasta la fecha en la mayor parte del país.

Podemos apreciar que esta norma establece que la detención domiciliaria puede llevarse a cabo en el propio domicilio del inculpado o de otra persona, también en un centro hospitalario público o privado, así como estar sometido a vigilancia policial o de tercera persona. La custodia del imputado puede estar a cargo de algún familiar, o de otra persona, lo cual decidirá el juez según las particularidades de cada caso. La resolución judicial que ordena la detención domiciliaria debe contener la indicación del lugar donde debe permanecer el inculpado, la duración de la medida, las obligaciones, prohibiciones, así como la advertencia de la revocatoria de la medida en caso de incumplimiento.

Presupuestos legales

Podemos advertir pues, que la detención domiciliaria es una medida cautelar[8], considerada dentro de las alternativas que el juez puede imponer al dictar mandato de comparecencia con restricciones, cuando no corresponda la medida de detención. Vemos pues, que los presupuestos de la detención domiciliaria se delimitan negativamente, de ahí que resulta necesario ocuparnos de los casos en que corresponde dictar detención.

Siguiendo a San Martín Castro[9] como toda medida cautelar, para optar por la detención debe analizarse el "fumus bonis iuris"[10] el mismo que "consta de dos reglas, una objetiva y otra subjetiva, la primera exige constancia en el procedimiento, específicamente en los recaudos acompañados por el fiscal, de la existencia de un hecho punible. Se trata de tener acreditados los aspectos objetivos del delito, que dicen de su imputación objetiva, los que han de

---

grave o de incapacidad física, siempre que el peligro de fuga o de perturbación de la actividad probatoria pueda evitarse razonablemente. El juez podrá imponer algunas de las alternativas siguientes: 1. La detención domiciliaria del inculpado, en su propio domicilio o en custodia de otra persona, de la autoridad policial o sin ella, impartiéndose las órdenes necesarias. 2. La obligación de someterse al cuidado y vigilancia de una persona o institución determinada, quien informará periódicamente en los plazos designados. 3. La obligación de no ausentarse de la localidad en que reside, de no concurrir a determinados lugares, o de presentarse a la autoridad en los días que se le fijen. 4. La prohibición de comunicarse con personas determinadas, siempre que ello no afecte el derecho de defensa. 5. La prestación de una caución económica, si las posibilidades del imputado lo permiten. El Juez podrá imponer una de estas alternativas o combinar varias de ellas, según resulte adecuada al caso y ordenará las medidas necesarias para garantizar su cumplimiento. Si el hecho punible denunciado está penado con una sanción leve o las pruebas aportadas no la justifiquen, podrá prescindir de tales alternativas.

[8] SÁNCHEZ VELARDE, Pablo, Manual de Derecho Procesal Penal, IDEMSA 2004, pp. 732-736, 818 "la comisión de un delito

ofrecer plena seguridad de su constitución. Por consiguiente el hecho típico debe estar sólidamente acreditado con los recaudos acompañados por el fiscal. La segunda regla consiste en un juicio de verosimilitud de la imputación, exige la presencia de elementos probatorios que vinculen al imputado con el delito denunciado. Comprende los aspectos fácticos y jurídicos ínsitos en la atribución del delito a una persona determinada..”[11] “consta de dos reglas: una objetiva y otra subjetiva”. La primera consiste en “determinar un límite cuantitativo respecto de la presumible pena a imponerse a partir del cual se pudiera pensar que el sujeto preferiría sustraerse al proceso que tener que soportar la futura pena”. Se trata de un dato que debe estar presente, pero insuficiente para determinar la peligrosidad procesal. “La segunda regla se vincula a un criterio esencialmente subjetivo y reconoce un amplio margen de discrecionalidad al juez. Está ligado al peligrosismo procesal, y en puridad es la regla más importante..” (Periculum in mora).[12] Los peligros que la ley reconoce: el peligro de fuga y el peligro de entorpecimiento de la actividad probatoria, el Código Procesal de 1991, los considera, pero no contiene directiva que el juez pueda tomar en cuenta al momento de evaluar este presupuesto.

Al respecto, existe una doctrina elaborada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que puede ser aplicado a nuestro derecho, debido a la similitud normativa entre la Convención Europea de los Derechos Humanos y la Convención Americana de Derechos Humanos, criterios que han sido asumidos por la jurisprudencia constitucional española.[13] Entre los criterios relevantes que el juez tendrá en cuenta para valorar si el procesado comparecerá al proceso, tenemos la posibilidad del imputado de huir al extranjero, su arraigo en el país, su carácter y moralidad, y su profesión, domicilio, recursos y lazos familiares.

Vemos pues que se puede disponer la detención domiciliaria “cuando no existan pruebas acabadas de la comisión de un delito doloso o cuando los recaudos acompañados por el fiscal no permitan formular un juicio de probabilidad delictiva del imputado, o cuando la sanción a imponerse en caso de condena no superaría ”un año“ de privación de la libertad y/o no exista suficiente peligro de fuga o de oscurecimiento de la actividad probatoria” .[14]

En la parte in fine del art. 143 del Código Procesal Penal, encontramos una medida que debemos tener en cuenta cuando se aplique la detención domiciliaria y las demás restricciones: “*Si el hecho punible denunciado está penado con una sanción leve o las pruebas aportadas no la justifiquen, podrá prescindir de tales alternativas”*. Podemos decir que estamos ante una sanción leve cuando la pena no supere el año de pena privativa de libertad, ya que en este caso, es difícil la imposición de una pena privativa de libertad efectiva, teniendo en cuenta que en estos casos se pueden aplicar alternativas a la pena privativa de la libertad como suspensión de la ejecución de la pena, reserva del fallo condenatorio o convertir la pena privativa de libertad a multa, prestación de servicios comunitarios o limitación de días libres. Se ha tenido en consideración que son muy escasas las posibilidades de afectar el proceso por fuga o perturbación de la actividad probatoria ya que éstas disminuyen o son muy escasas al no haber riesgo de una pena efectiva. En cuanto al aporte probatorio, está claro que se refiere a la imputación

---

genera alarma social y, además, el reproche de la colectividad respecto del autor, esperando que se le sancione con las penas que la ley establece y repare el daño causado, lo que puede significar la privación de su libertad ambulatoria, vía sentencia condenatoria y la pérdida de sus bienes. Sin embargo tal sanción no se puede imponer durante el proceso, empero si se pueden adoptar determinadas medidas jurisdiccionales con la finalidad, justamente, de asegurar que el imputado esté presente en el proceso hasta la decisión judicial final”. PRINCIPIOS QUE RIGEN LA ADOPCION DE MEDIDAS CAUTELARES Toda medida cautelar debe sustentarse en principios reconocidos por las leyes y normas internacionales. Estos principios son: **A) Excepcionalidad:** Solo se aplican cuando fueran absolutamente indispensables para los fines del proceso. **B) Provisionalidad:** Solo deben aplicarse por el tiempo estrictamente necesario para su fines y en todo caso hasta la conclusión del proceso. Estas restricciones por su naturaleza no pueden ser definitivas. **C) Finalidad:** Su finalidad es asegurar la presencia del imputado al proceso penal, el cumplimiento de los objetivos de este y el posible resarcimiento del daño o perjuicio causado. **D) Taxatividad:** Solo se aplican a las medidas cautelares previstas expresamente en la ley. La ley procesal establece las medidas coercitivas que puede imponer la autoridad judicial y, además contiene determinadas formalidades que

y a la peligrosidad procesal, ya que si éstos no están acreditados, el juez tiene la obligación de dictar mandato de comparecencia simple.

Podemos decir en interpretación contrario sensu, que se aplicará la comparecencia restrictiva si el hecho punible está penado con una sanción no leve, (mayor a un año), o si las pruebas aportadas sobre la imputación y el peligro procesal la justifiquen, y siempre que no corresponda dictar mandato de detención.

Otro caso, que algunos autores denominan Comparecencia Restrictiva Obligatoria, es cuando no obstante corresponder mandato de detención, el juez impondrá la detención domiciliaria cuando se trate de imputados mayores de 65 años de edad y que además adolezcan de una enfermedad grave o de incapacidad física, siempre que el peligro de fuga o de perturbación de la actividad probatoria pueda evitarse razonablemente.

Por su parte el Tribunal Constitucional en las sentencias dictadas en los expedientes número 5259-2005, 0124-2004-HC, 2712-2002-HC ha señalado que "la imposición del arresto domiciliario, como toda medida cautelar, deberá estar supeditada a la observancia de dos presupuestos básicos: *fumus boni iuris* (apariencia del derecho) y *periculum in mora* (peligro procesal). El primero de ellos se refiere –en el ámbito penal– a la suficiencia de elementos probatorios que vinculen al imputado con el hecho delictivo, mientras que el segundo se relaciona con el peligro de que el procesado se sustraiga a la acción de la justicia o perturbe la actividad probatoria.

4. CODIGO PROCESAL PENAL DEL 2004 (D.Leg. 957)

Este Código - que se promulgó el 29 de julio del año 2004, mediante el Decreto Legislativo Nº 957, el cual en su Primera Disposición Final declaró un período de *vacatio legis* y estableció el carácter progresivo de su proceso de implementación en los diferentes Distritos Judiciales - regula la Detención Domiciliaria, en el artículo 290.[15] Tiene una regulación independiente de la comparecencia con restricciones, además por su redacción (imperativa), se infiere que es obligatoria para los casos enumerados en dicho dispositivo.

Podemos advertir que su orientación es humanista, ya que restringe el ámbito subjetivo del arresto domiciliario para aquellas personas que objetivamente, por su edad, su salud, incapacidad física o estado de gestación, la detención preventiva puede ser desproporcionada frente al objetivo de controlar cautelarmente el peligro procesal, exigiéndose en todos los supuestos como condición que el peligro de fuga o de obstaculización pueda evitarse razonablemente con la imposición de la detención domiciliaria, de lo contrario no cabe aplicar esta medida.

Siguiendo a Lorca Navarrete, citado por San Martín Castro, "se tomará en cuenta la naturaleza del delito, el estado social y las demás circunstancias que pudieran influir en el mayor o menor interés de éste para ponerse fuera del alcance de la autoridad judicial(...)"[16]

No se señala, en esta disposición legal, alguna consideración con respecto a la posibilidad de trabajo de estas personas, empero, no parece que deba impedirse el

---

deben de cumplirse necesaria y debidamente. **E) Judicialidad:** Las medidas cautelares solo se aplican por la autoridad jurisdiccional. **F) Motivación:** Es parte de la exigencia constitucional motivar las resoluciones judiciales. Al optar por una medida coercitiva el juez la debe sustentar en su resolución, máxime si esta resolviendo sobre la restricción de derechos fundamentales.**G) Proporcionalidad:** La imposición de las medidas cautelares exige de la autoridad judicial una exposición razonada delos fundamentos que la sustentan. **H) Razonabilidad:** La imposición de medidas cautelares exige de la autoridad judicial una exposición razonada delos fundamentos que lo sustentan. **I) Reformabilidad:** Las Medidas Cautelares pueden ser modificadas en el curso del proceso, dependiendo de la variación de los presupuestos que determinaron su imposición y la desobediencia de los mandatos judiciales. El primer caso posibilita la variación de una medida mas grave a una menos severa y viceversa. El segundo caso posibilita la agravación de la medida cautelar por desobediencia al mandato judicial. Puede disponerse de oficio o a petición de la parte interesada.

trabajo siempre que se tomen las medidas que el caso amerita, ya sea bajo control policial o sin él.

5.- DESCUENTO DEL TIEMPO DE DETENCIÓN DOMICILIARIA EN EL CÓMPUTO DE LA PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD A IMPONERSE

A raíz de que el Congreso de la República, promulgó la Ley 28568, publicada el 03 de julio del 2005, que contabilizaba un día de detención domiciliaria, con un día de pena privativa de la libertad, y al hacerlo equiparó la detención preventiva con la detención domiciliaria se produjo un debate en el ámbito nacional, con argumentos a favor y en contra, que tuvo como corolario la derogatoria de dicha norma.

El debate se produjo no sólo en cuanto al descuento de la pena sino en la proporción en que debe producirse. Si bien aparentemente la discusión quedó zanjada con la derogatoria de la ley, creo que no es así y que ha quedado pendiente el tema, sobre el que existen diferentes opiniones. Se pueden distinguir hasta tres posturas[17]: La primera postura sostiene que ambas formas de privación de libertad son equivalentes y debe descontarse cada día de detención domiciliaria, por un día de pena; se argumenta que el arresto domiciliario es una medida cautelar que restringe la libertad de las personas y que en un estado de derecho, dicha restricción tiene que ser descontada de la condena y de no hacerlo, la restricción de la libertad sería tanto como una pena. Esta postura equipara la detención preventiva con la Detención Domiciliaria. La segunda postura opina que la equiparación es inaceptable y las ventajas del arresto domiciliario impiden que tenga alguna relevancia en el cómputo de la pena. Por último hay una tercera posición que se inclina porque si debe abonarse en el cómputo de la pena, pero en otra proporción. Se argumenta que los privilegios de la detención domiciliaria, no evitan que sea una forma de restricción de la libertad ambulatoria, por lo que merece tomarse en cuenta para descontarla de la pena privativa de la libertad, pero respetándose el principio de proporcionalidad.

Después de haber expuesto cada una de las posturas que existen con relación al tema, comparto la opinión que considera el descuento de la detención domiciliara en el cumplimiento de la pena privativa de la libertad efectiva, entre otras razones, porque la detención domiciliaria, es como ya lo ha sostenido el Tribunal Constitucional en diferentes sentencias “una seria limitación a la libertad locomotora”, “constituye dentro de las medidas de comparecencia, la más gravosa de todas, porque impide a una persona autodeterminarse por su propia voluntad”. Siendo así, es razonable que se descuente de la sentencia la pena privativa de la libertad efectiva.

El problema radica en determinar en qué proporción debe hacerse. Existen muchas razones para opinar que si bien se debe contabilizar el tiempo de detención domiciliaria, no debe equipararse con la detención preventiva. Una de ellas es que no obstante ser ambas medidas cautelares que restringen la libertad personal, no tienen los mismos efectos, ni la misma naturaleza jurídica, no afectan en el mismo grado la libertad ambulatoria. “....se trata de afectaciones radicalmente distintas de la libertad”.[18] Al respecto, el Tribunal Constitucional ha sostenido sobre la aplicación concreta de la detención domiciliaria, que “se han advertido distintas permisiones (...) han existido

---

[9] SAN MARTÍN CASTRO, Cesar, “Derecho Procesal Penal”, Volumen II, Editora GEIJLEY , 1999, pp, 823.
[10] BURGOS MARIÑOS, Víctor, “Derecho Procesal Penal Peruano Tomo I”, Fondo Editorial de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Privada San Pedro, 2002, pp. 191 “Consiste en un juicio de probabilidad respecto de la responsabilidad del sujeto al quien se le pretende aplicar la medida (en el aspecto referido a la pretensión punitiva), sobre su responsabilidad civil, (en el caso de la pretensión resarcitoria) o sobre el hecho que se pueda asegurar un medio probatorio de importancia para el proceso (en el caso de terceros no vinculados a la pretensión punitiva ni civil)”

[11] SAN MARTÍN CASTRO, Cesar, Op. Cit., pp. 824,825.
[12] BURGOS MARIÑO, Víctor, Op. Cit. Pp. 191. Viene a ser “el peligro real que se cierne sobre la pretensión, y que de esperar la conclusión del proceso corre el riesgo de hacerse imposible o inejecutable, por lo que debe el proceso garantizar dicho fin”

casos en los que el inculpado sometido a arresto domiciliario, (...) con autorización judicial, puede egresar de su domicilio a fin de realizar gestiones ante el colegio profesional del que es agremiado (fue el caso del ex vocal Daniel Lorenzzi Goicochea quien acudió al Colegio de Abogados de Lima a fin de hacer frente a un proceso administrativo); puede votar en las elecciones gremiales; emitir votos en las elecciones generales; asistir a hospitales y clínicas cuando su salud lo requiera (fue el caso de Alex Wolfenson Woloch, quien en pleno juicio oral visitó frecuentemente a su dentista)[19]. Como se puede ver, su incidencia sobre el derecho fundamental a la libertad es totalmente distinta; ya que en el caso del arresto domiciliario, la restricción ambulatoria se ejerce con menos alcance, no se pierde la relación con el núcleo familiar y amical, incluso en casos determinados se continúa ejerciendo total o parcialmente el empleo, se goza de muchos beneficios, que no podrían darse en un establecimiento penitenciario.

Encontrar una proporción que permita que la limitación de la libertad a través del Arresto Domiciliario sea descontada de la pena privativa de la libertad, sin vulnerar el principio de proporcionalidad es bastante complicado, pero debe hacerse por las razones precisadas.

Es importante señalar cuál es el criterio que adopta el Tribunal Constitucional como Máximo Intérprete de la Constitución, sobre los presupuestos de la detención domiciliaria y sobre la equiparación de esta medida con la detención, teniendo en consideración como ya hemos dicho anteriormente, que con la detención domiciliaria se restringe la libertad personal que es un derecho fundamental reconocido por nuestra Constitución y por los Tratados Internacionales en los que el Perú es parte.

En la sentencia emitida en el Exp N 1565-2002-HC/TC, del cinco de agosto del 2002, sobre Hábeas Corpus seguido a favor de Héctor Chumpitaz, el Tribunal Constitucional consideró: con relación al cumplimiento de los presupuestos para dictar la detención domiciliaria que *"En el caso de autos, conforme se desprende del auto apertorio de instrucción, (...), , "En ese sentido, considera el Tribunal Constitucional que, en atención a lo expuesto precedentemente, no existe arbitrariedad de los emplazados en el hecho de haber dictado o, a su turno, haber confirmado, el mandato de comparecencia con restricción domiciliaria contra el beneficiario del hábeas corpus, toda vez que éste se sustenta en que en el proceso penal existen suficientes elementos de prueba que vinculan al beneficiario del hábeas corpus con el delito instruido, la posibilidad de imponerle una pena superior a los cuatro años, la gravedad de los hechos por los cuales viene siendo juzgado, y además, en el esclarecimiento del delito instruido y los fines que se persiguen con el proceso penal.*

Llama la atención que el Tribunal Constitucional, evita pronunciarse y hacer un análisis técnico con relación al peligro procesal, no obstante que los jueces ordinarios también omitieron hacerlo, y que se trata de un requisito legal cuyo análisis resulta indispensable, más aun si se tiene en cuenta que el mismo Tribunal en uno de los fundamentos de la sentencia considera que las reglas del Art. 135 son aplicables a la Detención Domiciliaria. Es más, al tratar este punto el Tribunal se remite a la resolución expedida por la Sala Penal que confirmó el auto que impone la detención domiciliaria, resolución en la que únicamente se hace referencia a las discrepancias en las que incurrió el imputado en sus declaraciones.

---

[13] SAN MARTÍN CASTRO, Cesar, Op. Cit., pp. 826.
[14] SAN MARTÍN CASTRO, Cesar, Op. Cit. pp. 844

[15] ***ARTÍCULO 290º Detención domiciliaria.-***
1. *Se impondrá detención domiciliaria cuando, pese a corresponder prisión preventiva, si el imputado:*
a) Es mayor de 65 años de edad; **b)** Adolece de una enfermedad grave o incurable; **c)** Sufre grave incapacidad física permanente que afecte sensiblemente su capacidad de desplazamiento; **d)** Es una madre gestante. **2.** En todos los motivos previstos en el numeral anterior, la medida de detención domiciliaria está condicionada a que el peligro de fuga o de obstaculización pueda evitarse razonablemente con su imposición. **3.** La detención domiciliaria debe cumplirse en el domicilio del imputado o en otro que el Juez designe y sea adecuado a esos efectos, bajo custodia de la autoridad policial o de una institución -pública o privada- o de tercera persona designada para tal efecto.

Incluso, el Tribunal a modo de suplir el análisis del peligro procesal señala "y además en el esclarecimiento del delito instruido y los fines que se persiguen en el proceso penal", cuando esto de ninguna manera debe tomarse en cuenta al momento de imponer una medida cautelar de coerción personal, o si como en dicho análisis ya estuviera incluido el de peligro de fuga o de perturbación de la actividad probatoria, lo que evidentemente no es así.

Esta sentencia colisiona claramente con otras sentencias emitidas por el propio Tribunal Constitucional, en las que se precisan los presupuestos para la imposición del Arresto Domiciliario, tal como en el Exp. Nº 5259-2005, del 19 de junio del 2006: *"A ese respecto, el Tribunal Constitucional ha establecido en uniforme jurisprudencia los presupuestos básicos para la imposición del arresto domiciliario, los cuales son: a) suficiencia de elementos probatorios que vinculen al imputado con el hecho delictivo; y b) peligro de que el procesado se sustraiga a la acción de la justicia o perturbe la actividad probatoria. (Exp. N° 0124-2004-HC, Exp. N° 2712-2002-HC)".*

Como podemos ver, entre los presupuestos está el peligro de sustracción a la acción de la justicia cuyo análisis se omitió en la sentencia en comento.

Con relación al segundo punto, es decir si la medida de comparecencia restringida con detención domiciliaria y la Detención Preventiva se pueden equiparar, en la misma sentencia, el Tribunal sostuvo que *"...no pueden ser equiparadas ni en sus efectos personales, ni en el análisis de sus elementos justificatorios pues, es indudable que la primera de las mencionadas (la detención domiciliaria) se configura como una de las diversas formas a las que, de manera alternativa, puede apelar el juzgador con el objeto de evitar la segunda de ellas, esto es, a la detención judicial preventiva, que, como se ha expuesto en la sentencia recaída en el caso Silva Checa contra el Poder Judicial, se trata siempre de una medida cuya validez constitucional se encuentra sujeta a los principios de subsidiaridad, provisionalidad, razonabilidad y proporcionalidad, en tanto que comporta una restricción, en términos plenarios, de la libertad locomotora del afectado con ella*" Continúa diciendo el Tribunal *"No cabe duda de, que con la detención domiciliaria sucede algo semejante, aunque no con los alcances de la detención judicial preventiva: La obligación de permanecer, en forma vigilada, dentro del domicilio, es, sin duda, también una limitación seria de la libertad locomotora, cuyo dictado, por cierto, debe necesariamente justificarse, pues sucede que ésta constituye, entre las diversas fórmulas con las que se puede decretar la comparecencia restrictiva en nuestro ordenamiento procesal penal, la más grave. Por ello, el Tribunal Constitucional considera que también tal medida restrictiva de la libertad locomotora debe sujetarse a su conformidad con los principios de subsidiaridad, provisionalidad, razonabilidad y proporcionalidad.*"

Resulta plenamente adecuada a la naturaleza de la detención preventiva y a la Detención Domiciliaria, la afirmación hecha en esta sentencia por el Supremo Intérprete de la Constitución, respecto a que no pueden ser equiparadas, por existir diferencias tanto en sus efectos personales como en sus elementos justificatorios.

En la sentencia recaída en el expediente Nº 066-2000-HC/TC/Lima, recurso extraordinario interpuesto por don José Ángel Vásquez Campos, contra la resolución

---

Cuando sea necesario, se impondrá límites o prohibiciones a la facultad del imputado de comunicarse con personas diversas de aquéllas que habitan con él o que lo asisten. El control de la observancia de las obligaciones impuestas corresponde al Ministerio Público y a la autoridad policial. Se podrá acumular a la detención domiciliaria una caución**4.** El plazo de duración de detención domiciliaria es el mismo que el fijado para la prisión preventiva. Rige, en lo pertinente, lo dispuesto en los artículos 273° al 277°. **5.** Si desaparecen los motivos de detención domiciliaria establecidos en los literales b) al d) del numeral 1), el Juez –previo informe pericial- dispondrá la inmediata prisión preventiva del imputado.

[16] Academia de la Magistratura; Programa de formación de Aspirantes-Temas de Derecho Procesal Penal, Especialización para jueces; Lima – 2000, pp 555.

[17] CARO CORIA, Dino Carlos. "El Abono del arresto Domiciliario en el Cumplimiento de la pena" www.justiciaviva.org.pe/arresto_dom/caro_coria.doc.

expedida por la Sala Corporativa Transitoria Especializada en Derecho Público de la Corte superior de Justicia de Lima, de fecha quince de septiembre de mil novecientos noventa y nueve, que declaró improcedente la acción de Hábeas Corpus por exceso de detención domiciliaria. En esta sentencia, dentro de los principales fundamentos el Tribunal señaló "*(...) Que, siendo así se aprecia que a la de por sí excesiva dilación del proceso penal que se le sigue al beneficiario, se agrega la severa restricción de su libertad individual que significa la medida de detención domiciliaria que le ha sido impuesta, medida cautelar que después de la detención es una de las mas aflictivas dentro de la escala coercitiva que prevé nuestro ordenamiento legal, razón por la cual la necesidad de su aplicación y el plazo de su duración debe dosificarse considerando la existencia de peligro de fuga u obstrucción probatoria por parte del procesado, circunstancias que en el presente caso no resultan corroboradas....)".*

En el Recurso Extraordinario interpuesto por Humberto Fernandini Maravi contra la Resolución de la Sala de Apelaciones de Procesos Penales Sumarios con Reos libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el Exp. Nº 209-2003-HC/TC, se expidió la Sentencia de fecha diecisiete de marzo del 2003, en la que el Tribunal Constitucional hace similar aseveración sobre la entidad de la Detención Domiciliaria, cuando sostiene: *"No cabe duda de que con la detención domiciliaria sucede algo semejante, aunque no con los alcances de la detención judicial preventiva. La obligación de permanecer, en forma vigilada, dentro del domicilio, es, también, sin duda, una limitación seria de la libertad locomotora, cuyo dictado, por cierto, debe necesariamente justificarse, pues sucede que ésta constituye, entre las diversas fórmulas con las que se puede decretar la comparecencia restrictiva en nuestro ordenamiento procesal penal, la más grave. Por ello, el Tribunal Constitucional considera que también tal medida restrictiva de la libertad locomotora debe sujetarse a su conformidad con los principios de subsidiaridad, provisionalidad, razonabilidad y proporcionalidad.*

En el mismo sentido se pronuncia en las sentencias número 0731-2004-HC-TC y 5259-2005-HC, respecto a este punto.

En esta misma línea mediante sentencia recaída en el expediente Nº 0019-2005-PI/TC el Supremo Intérprete de la Constitución declaró inconstitucional la Ley Nº 28568 que equiparaba a un día de arresto domiciliario un día de pena privativa de la libertad efectiva y precisó que si bien en cuanto al poder punitivo del Estado existía la obligación de restringir la libertad personal en lo estrictamente necesario y en buscar que se concreten los fines de resocialización, readaptación de los condenados, también existe la obligación de proteger a la sociedad frente a la comisión de delitos, y por lo tanto reconoció que los fines constitucionales de la pena se adscriben a las teorías de prevención general y especial.

Últimamente, en la Sentencia Nº 6201-2007-PHC/TC (19-03-2008) que declaró fundada la demanda presentada por Moisés Wolfenson por considerar que ya había cumplido en exceso su condena, el Tribunal Constitucional señala que si bien es cierto, un día de arresto domiciliario no puede tener el mismo valor que un día de prisión efectiva, ello no quiere decir que no tenga valor alguno a efectos de tomarse para el cómputo de la pena privativa de la libertad. Concluir lo contrario sería vulneratorio del derecho a la libertad personal, aco-

[18] MEINI MENDEZ, Iván, "La Detención Domiciliaria y su Abono para el cómputo de la Pena Privativa de la Libertad, http://www.justiciaviva.org.pe/justiciavivamail

[19] Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional del 21 de Julio del 2005, Expediente N

ta. Por ello, -agrega- es imprescindible que se le compute (con alguna equivalencia) al período de condena aún cuando no medie previsión legal que establezca el procedimiento para ello, y establece una equivalencia aproximada de 4.5 días de detención domiciliaria, por un día de pena privativa de la libertad, para el caso concreto y exhorta al Congreso, que es el órgano competente, para legislar sobre la materia en el menor plazo posible.

Como se puede ver, el Tribunal Constitucional ha dejado sentada su posición sobre este tema, siendo tarea del Congreso legislar al respecto.

8. CONCLUSIONES

1.- En nuestro país el derecho a la libertad individual ha sido incorporado como un derecho fundamental de rango constitucional, y como tal está protegido por el ordenamiento legal; empero, también es susceptible de sufrir limitaciones que el propio ordenamiento prevé. Tal es el caso de las medidas coercitivas presentes en el proceso penal.

2.- Las medidas cautelares son los actos procesales de coerción directa que recayendo sobre las personas o los bienes, se ordenan a posibilitar la efectividad de la sentencia que ulteriormente haya de recaer

3.- Los presupuestos de toda medida cautelar son el FUMUS BONIS IURIS: o apariencia o justificación del derecho y EL PELICURUM IN MORA

4.- La Detención domiciliaria es una de las medidas que el juez puede imponer al dictar la comparecencia con restricciones, consiste en la limitación a la libertad ambulatoria del inculpado a determinado espacio físico que debe cumplirse fuera de sede penal o penitenciaria. Es el llamado arresto domiciliario o la permanencia del inculpado en su domicilio por orden judicial.

5.- Los presupuestos materiales para la aplicación de la Detención Domiciliaria son: No existencia de prueba suficiente, pena probable mayor a un año, no existencia de peligro procesal y proporcionalidad de la medida impuesta con el grado de responsabilidad

6.- El Código Procesal Penal del 2004, restringe el ámbito subjetivo del arresto domiciliario para aquellas personas que por su edad, su salud, incapacidad física o estado de gestación, la detención preventiva puede ser desproporcionada.

7.- Debe descontarse la detención domiciliara en el cumplimiento de la pena privativa de la libertad efectiva,

8.- No debe equipararse la Detención Domiciliaria con la detención preventiva. porque si bien ambas medidas cautelares restringen la libertad personal, no tienen los mismos efectos, ni la misma naturaleza jurídica y no afectan en el mismo grado la libertad ambulatoria.

9- El Tribunal Constitucional ha dejado establecido en sus sentencias que la Detención Domiciliaria y la Detención Preventiva no pueden ser equiparadas ni en sus efectos personales, ni en el análisis de sus elementos justificatorios

10- El Tribunal Constitucional ha establecido con carácter vinculante, que el principal elemento a considerarse con el dictado de (una) medida cautelar debe ser el peligro procesal que comporte que el procesado ejerza plenamente su libertad locomotora, en relación con el interés general de la sociedad para reprimir conductas antijurídicas.

11.- El Tribunal Constitucional ha establecido que debe descontarse los días de arresto domiciliario para el cómputo de la pena privativa de la libertad.

ACERCA DE LA FIRMEZA DEL AUTO APERTORIO DE INSTRUCCIÓN

Por **ERWIN GUZMÁN QUISPE DÍAZ.**

"Y seguiremos limando la sombra hasta que se pulverice y resplandezca el sol".

Hubert Lanssiers

El artículo 4º del Código Procesal Constitucional establece que el Hábeas Corpus procede cuando una resolución judicial firme vulnera en forma manifiesta la libertad individual y la tutela procesal efectiva**.** Se entiende por Tutela Procesal Efectiva – dice la norma - aquella situación jurídica de una persona en la que se respeta, de modo enunciativo, sus derechos de libre acceso al Órgano Jurisdiccional, a probar, de defensa, al contradictorio e igualdad sustancial en el proceso, a no ser desviado de la jurisdicción predestinada ni sometida a procedimientos distintos de los previstos por la ley, a la obtención de una resolución fundada en derecho, a acceder a los medios impugnatorios regulados, a la imposibilidad de revivir procesos fenecidos, a la actuación adecuada y temporalmente oportuna de las resolución judiciales y a la observancia del principio de Legalidad Procesal.

La disposición que contiene el artículo 4° del Código Procesal Constitucional, **ha convertido al Hábeas Corpus en un remedio subsidiario, sólo frente a resoluciones judiciales, al disponerse el ejercicio previo y necesario de todos los recursos que se tiene para atacarlo, bien sea modificándolo, confirmándolo o revocándolo**, conforme así lo sostiene Jorge Meléndez Saénz en su artículo "Derecho Procesal Constitucional Peruano" que contiene el Libro "Estudios en Homenaje a Domingo García Belaúnde".-

De ahí que la doctrina ha indicado lo peligroso que sería revisar lo que es materia de fondo en la justicia ordinaria, en que se abrirían las puertas a nuevas revisiones de lo actuado y sobre todo de lo resuelto por el Juez ordinario. Es por eso que se han establecido una serie de parámetros cuando se presenta este tipo de situaciones, como es el caso que del estudio preliminar de la demanda, el Juez Constitucional llega a la conclusión de la viabilidad de dilucidar lo demandado mediante un proceso que **siempre exige residualidad y es por ende de carácter excepcional**; así también, que la violación al debido proceso a la tutela jurisdiccional efectiva alegada **no haya podido ser superada de modo alguno y pese a haber agotado todo los medios posibles dentro del mismo proceso ordinario** que da origen al proceso constitucional.

Lo sostenido en el punto precedente guarda íntima consonancia con las distintas sentencias expedidas por el Tribunal Constitucional sobre la materia. Así tenemos que en el **Expediente N° 03036-2005-HC** se señala que "*El Hábeas Corpus procede cuando una resolución judicial firme vulnera en forma manifiesta la libertad individual y la Tutela Procesal Efectiva, en consecuencia a contrario sensu, el Hábeas Corpus no procede cuando dentro de un proceso penal no se han agotado los recursos que contempla la ley para impugnar una resolución*. Del mismo modo en la sentencia expedida en el **Exp. N° 6712-2005** del 17 de Octubre del 2005, ha establecido que *"la firmeza de las resoluciones judiciales está referido a aquel estado del proceso en el que no cabe presentar medio impugnatorio, y por lo tanto, solo cabrá cuestionar la irregularidad de la actuación judicial a través del control constitucional. Por lo tanto, la inexistencia de firmeza comporta la improcedencia de la demanda"*.

Además, el propio Código Procesal constitucional, al establecer las causales de improcedencia, describe en el numeral 2 del artículo 5°, que no proceden los procesos constitucionales cuando existen vías proce-

dimentales especificas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho amenazado o vulnerado.

Como sabemos, de acuerdo con el artículo 77° del Código de Procedimientos Penales, sólo se abrirá instrucción si se considera que de la denuncia y sus recaudos aparecen indicios suficientes o elementos de juicio reveladores de la existencia de un delito, que se ha individualizado a su presunto autor o partícipe, que la acción penal no ha prescrito o no concurra otra causa de extinción de la acción penal.

Asimismo, al calificarse la denuncia se deberá analizar rigurosamente no sólo la posibilidad de calificar el hecho denunciado como delito, sino su justiciabilidad penal y las condiciones objetivas que determinan la competencia del Juez.

En suma, **debe determinarse si la denuncia propone una causa probable**, entendiendo por tal, una causa frente a la que será posible imponer condena. Resultando imperativo, igualmente, verificar si asistimos a la ausencia de dolo o culpa como elementos subjetivos del tipo penal, al momento de calificarse la denuncia, lo que es admitido por un buen sector de la doctrina y que incluso fue discutido favorablemente en el Acuerdo Plenario de 1 997.

Se exige que el auto inaugural esté debidamente motivado, conteniendo en forma precisa los hechos denunciados, los elementos de prueba en que se funda la imputación, la calificación de modo específico del delito, así también la motivación de las medidas cautelares dispuestas.

Ahora bien, si la resolución aludida no contiene los presupuestos descritos en los párrafos anteriores, las partes podrían solicitar la nulidad de actuados por irregularidad, al transgredir lo contenido en la norma de orden público, conforme así se resolvió en la **Consulta N° 4029-95-B – Arequipa** (Código Penal última edición de Jurista Editores, p. 336), "*sólo se abrirá instrucción si se ha individualizado al presunto autor, entre otros requisitos; sin embargo, en el presente caso se ha comprendido a personas a quienes no han sido debidamente individualizados; que tal irregularidad al transgredir el precitado numeral acarrea la nulidad de actuados*".

Además, el artículo 5° del Código de Procedimientos Penales, ha otorgado medios técnicos de defensa a los procesados para contrarrestar el acto postulatorio en su contra. Así tenemos las cuestiones previas y las excepciones, como es el caso específico de la excepción de naturaleza de acción el cual puede deducirse en cualquier estado del proceso, y se interpone **cuando el hecho denunciado no constituye delito o no es justiciable penalmente**. Consecuentemente, también constituirían mecanismos que servirían para enervar la imputación contenida en un auto apertorio de instrucción.

Sin embargo, existen situaciones en que los ciudadanos solicitan amparo constitucional, vía hábeas corpus, cuestionando el auto apertorio de instrucción donde han sido comprendidos como procesados. Pero a tono con las disquisiciones formuladas, tales demandas resultarían improcedentes porque son fácilmente atacables a través de otros medios *intra proceso*. Como dice la doctrina, debe disponerse el ejercicio previo y necesario de todos los recursos que se tiene para atacarlo, bien sea modificándolo, confirmándolo o revocándolo.

A nivel de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, no es pacífica la posición al respecto, llegando incluso a lo paradójico que en el presente año, se han expedido dos sentencias por el mismo TC absolutamente contradictorias. Así tenemos, **Exp. Nº 7661-2006-PH/TC** del 23 de julio de dos mil siete, publicada en la web del TC el 2 de enero de 2008, donde el Tribunal considera que tratándose del cuestionamiento al auto que abre instrucción con el argumento de una indebida o deficiente motivación, la pretensa vulneración no puede ser conocida a través del hábeas corpus sino del amparo puesto que el auto de apertura, en puridad, no está vinculado directamente con la medida cau-

telar de naturaleza personal, ya que contra el demandante en este caso no existe medida de detención al actor; contra esta medida cautelar personal éste tiene los medios impugnatorios que la ley procesal permite para cuestionar dicha medida dentro del mismo proceso penal.

Con claridad señala esta sentencia, que si se denuncia que el Juez ordinario, abusando de sus facultades abre instrucción contra determinada persona cometiendo con ello una arbitrariedad manifiesta, se estaría acusando la violación del debido proceso, resultando idóneo el amparo reparador.

Consideran los magistrados del TC que el **auto apertorio de instrucción no puede ser la resolución judicial firme que vulnere manifiestamente la libertad individual** que, precisamente, con la resolución judicial que se cuestiona en sede constitucional, el proceso recién comienza, más aún si esta resolución no contiene alguna limitación grave al derecho a la libertad individual. **Abierta la investigación en sede penal, tiene el imputado a su favor la facultad cabal de ejercer el derecho de defensa en todas sus expresiones**, debiendo en esa sede proponer las medidas que trae indebidamente al proceso constitucional.

Similar posición se ha asumido en la resolución del TC, **Exp. N° 04125-2007-PHC/TC del 14 de octubre de 2007**, incluso en uno de sus fundamentos señala que **no se puede revisar el auto apertorio de instrucción emitida en proceso penal ordinario por Juez competente en ejercicio de sus facultades reconocidas constitucionalmente a Jueces penales, sin violar el principio de discrecionalidad** propio de tales funciones, no significando, de ninguna manera, la declaración de culpabilidad del autor, ya que la presunción de inocencia se mantiene incólume hasta el final del proceso en donde quedará, si es el caso, dilucidada su responsabilidad en la sentencia.

No obstante, en el **Exp. Nº 06196-2006-PH/TC** del 31 de octubre de 2007, publicado en la web del TC el 14 de febrero de 2008, se mantiene el criterio por el cual el **hábeas corpus sería procedente para cuestionar el auto apertorio de instrucción indebidamente motivado sin que medie amenaza o afectación de la libertad personal**; **precisándose que el auto de apertura de instrucción constituye resolución firme al no haber recurso judicial previsto en el ordenamiento legal**.

De ahí que es urgente que el pleno del TC resuelva de manera definitiva esta controversia, es decir unifique su criterio, pues si son los que informan acerca de la constitucionalidad de las normas y de los procesos vinculados a las garantías constitucionales, no se pueden dar el lujo de expedir resoluciones contradictorias, incluso autorizadas, en ambas sentencias, por los mismos magistrados.

Hasta hace poco, se creía erróneamente de manera absoluta que el auto apertorio de instrucción no podía ser impugnado, y se esbozaba como argumento, igual que el TC en una de sus sentencias, de que no estaba establecido en el Código de Procedimientos Penales. Sin embargo, ahora existen voces en la doctrina sosteniendo que tal apreciación correspondía a una mirada lineal del derecho, cuando debe hacerse una interpretación de la norma procesal que vincule a esta con su finalidad. Tal posición la asume **Roberto E. Cáceres Julia. en su libro "Las nulidades en el proceso penal"** (Jurista Editores, Agosto 2007), informando acerca de la existencia de un mecanismo impugnatorio conocido como **recurso de nulidad, que no es el que en materia penal se suele recurrir, sino uno de naturaleza procesal civil, en razón de la naturaleza común de ciertas instituciones en que gira nuestro proceso, se trata así de una aplicación de las normas existentes a un caso particular de vacío legal**.

Sostiene el mencionado autor que la importancia de la nulidad del auto de apertura de instrucción es en sentido doble: **de un lado permite la corrección jurídica del juicio de imputación propuesto y asumido por el Juez, y del otro coadyuva a que**

el proceso penal no sea una pérdida de tiempo, ni de esfuerzo, al encaminarla por los ámbitos necesarios, para que el debate judicial se centre en su objeto.

Un buen sector de la doctrina y de la jurisprudencia vienen estableciendo que las nulidades reguladas en el artículo 171º y siguientes del Código Procesal Civil, son recursos cuando se dirigen contra una resolución que a juicio del nulidiscente, le causa agravio. Conforme sostiene Cáceres Julia, **la nulidad es un recurso, entendido éste como el medio impugnatorio o si se quiere el acto procesal que tiene como característica principal la de ser devolutivo, lo que implica un reexamen por un Tribunal *Ad quem*, a fin de que subsane los posibles errores cometidos por el *A quo***. Se dice que se cuestiona la presencia de errores *in procedendo* (vicios de la actividad o defectos en la construcción de la relación jurídico procesal) que se materializan al inobservar las formas procesales que las normas de derecho positivo establecen para que un acto sea considerado jurídicamente válido.

Considera este sector de la doctrina, y con toda razón, que toda norma procesal está enmarcada en su reconocimiento y validez, más que en normas procesales, lo está en fundamentos constitucionales, en tal sentido la imposibilidad del cuestionamiento de un acto procesal que afecta una parcela de la libertad individual, como es el caso del auto apertorio de instrucción, no puede estar sujeto a la existencia formal de una norma procesal específica, toda vez que si así fuera, no se cumpliría con las expectativas constitucionales de protección mínima de los derechos fundamentales (Roberto E. Cáceres Julca, idem. pg. 135).

De manera que sería procesalmente viable que un imputado cuestione el auto apertorio de instrucción vía recurso de nulidad establecida en ordenamiento procesal civil, que permitiría, de un lado, la corrección jurídica del juicio de imputación propuesto y asumido por el Juez, y del otro coadyuvaría a que el proceso penal no sea una pérdida de tiempo, ni de esfuerzo, al encaminarla por los ámbitos necesarios, para que el debate judicial se centre en su objeto, más no mediante el proceso constitucional de hábeas corpus, por cuanto no se trataría de una resolución firme, máxime si el TC ha señalado que **no puede permitirse los procesos constitucionales por el hecho de que una resolución no contenga la fundamentación que el recurrente necesita para sus intereses personales, puesto que esto supondría que toda resolución judicial pueda ser cuestionada bajo la argumentación de ser indebida cuando alguien se ve perjudicado**.

EL DERECHO DE LOS MAYORES DE EDAD A PEDIR ALIMENTOS AL AMPARO DEL ARTÍCULO 415 DEL CÓDIGO CIVIL.

Por: **PATRICIA DEL CARMEN VALLEJOS MEDINA**

El derecho a pedir alimentos es aquél que la ley otorga a una persona para que pueda reclamar de otra los recursos indispensables para satisfacer todas sus necesidades básicas. La doctrina entiende que por medio de este instituto jurídico el derecho recoge el deber natural de solidaridad y colaboración frente a las necesidades de subsistencia de los integrantes de un grupo familiar y lo convierte en obligación civil exigible en sede judicial .

La fuente de la obligación alimentaria es la ley, y la obligación, generalmente, se sustenta en los vínculos de parentesco (la consanguinidad en línea recta y en la línea colateral) y en la existencia de la relación matrimonial. Éstas son las relaciones que se encuentran comprendidas en los artículos 472 del Código Civil y 93 del Código de los Niños y los Adolescentes; pero nuestro ordenamiento jurídico ha incorporado otros supuestos de los que se deriva este derecho; es el caso del derecho del concubino abandonado, el derecho alimentario entre los ex - cónyuges y el derecho del denominado típicamente alimentista reglados en los artículos 326, 350 y 415 del Código Civil, respectivamente.

En lo que concierne al derecho alimentario que se reconoce al hijo extramatrimonial que carece de filiación paterna, y, más puntualmente, a la vigencia de este derecho cuando el acreedor ha alcanzado la mayoría de edad y realiza estudios exitosos de una profesión u oficio, nuestra jurisprudencia registra pronunciamientos disímiles. Hay una posición mayoritaria en el sentido de que en la resolución de estos casos no se puede aplicar los artículos 424 y 483 del Código Civil que determinan la subsistencia de la obligación alimentaria en este supuesto, pero es importante que también se analicen los argumentos que se desarrollan en la posición contraria.

Es necesario resaltar, en primer término, que no obstante que este precepto regula el derecho a pedir alimentos, no ha sido ubicado en la sección cuarta (amparo familiar) del Libro Tercero del Código Civil; se encuentra en la sección tercera de la sociedad paterno filial en la que se han organizado las normas que regulan la filiación y la patria potestad; ante ello es pertinente preguntar: ¿Por qué razón el legislador no lo ubicó en el capítulo relativo a los alimentos? Entendemos que la consagración de este precepto entre la normas de la filiación extramatrimonial obedece a que está estrechamente vinculado a la regulación de la filiación en nuestro ordenamiento jurídico.

El Código Civil peruano está afiliado a los sistemas que distinguen en la filiación natural dos categorías: la filiación matrimonial y la filiación extramatrimonial. La regulación de la filiación extramatrimonial (que es aquélla en la que la concepción y el nacimiento acontecen fuera de una relación matrimonial) participa del denominado sistema cerrado (latino) de determinación judicial de la filiación, es decir, de no haber efectuado el progenitor el reconocimiento voluntario de su paternidad, ésta sólo se puede determinar en sede judicial si se acredita la concurrencia de alguno de los supuestos instituidos en el artículo 402 del Código Civil, que, en su texto originario, no reguló la posibilidad de la acreditación del nexo biológico con la actuación de la prueba genética del ADN, por lo que la paternidad extramatrimonial sólo podía declararse judicialmente –entonces- si se acreditaba (1) la existencia de escrito indubitado en que se hubiera admitido la paternidad; (2) posesión constante del estado de hijo extramatrimonial; (3) la convivencia entre los progenitores en la época de la concepción; (4) la violación, rapto o retención violenta; y, (5) la seducción bajo promesa de matrimonio.

En este sistema tan extremadamente rígido, más cuando sólo estaban vigentes las primeras cinco causales del artículo 402 del Código Civil, muchos casos no subsumibles en esos supuestos (como el embarazo

que ocurría en una relación de enamorados) no habrían podido sustentar una acción de declaración judicial de la paternidad extramatrimonial, y tal limitación no podía ser ignorada por el legislador; tenía que idearse, por tanto, una respuesta jurídica para hacer frente a esa limitación. A esta razón responde la ubicación del artículo que comentamos en el capítulo de la filiación extramatrimonial que textualmente en la primera parte establece que "fuera de los casos del artículo 402, el hijo extramatrimonial sólo puede reclamar del que ha tenido relaciones sexuales con la madre durante la época de la concepción una pensión alimenticia hasta la edad de dieciocho años."

En el precepto, la locución "hijo extramatrimonial" indica que el niño ha nacido en la relación de un varón y una mujer que no están unidos en matrimonio, por lo que no puede entenderse a partir de ella que al demandado se le atribuya la calidad de padre. El artículo regula en estricto el derecho reconocido a favor de los hijos extramatrimoniales sin filiación paterna, que, dentro de un sistema cerrado de investigación de la filiación, por encontrarse fuera de los supuestos preestablecidos que permiten invocar la determinación judicial de la paternidad extramatrimonial, se encontraban impedidos para obtener una sentencia favorable de declaración judicial de la paternidad extramatrimonial, por tanto, frente a esta situación de imposibilidad para que pudieran reclamar su filiación paterna, era acertado imponer la obligación de atender a su subsistencia, al varón que había tenido relaciones sexuales con la madre en la época de la concepción y que podía ser –aunque también no ser- el padre. En estos casos, acreditada la existencia de las relaciones sexuales en la época de la concepción, corresponde que se asigne al beneficiario una pensión a cargo del demandado.

El artículo 415 del Código Civil, en cuanto a la subsistencia de la obligación alimentaria después de la mayoridad del acreedor alimentario, sin embargo, instituyó un texto distinto al establecido en los artículos 424 y 483, por cuanto en este extremo se prescribió que la pensión continúa vigente si el hijo, llegado a la mayoría de edad, no puede proveer a su subsistencia por incapacidad física o mental; es decir, no se incluyó en el enunciado la subsistencia de la obligación alimentaria por el mérito de que el alimentista estuviera realizando estudios de una profesión u oficio, que, de primera impresión, podría decirse es una omisión subsanable con la aplicación extensiva de los artículos 424 y 483 del Código Civil.

Considero que la aplicación extensiva de los artículos 424 y 483 del Código Civil no es viable; toda vez que en estos preceptos se ha reglamentado la subsistencia de la obligación alimentaria a favor del acreedor alimentario mayor de edad que sigue estudios exitosos de una profesión u oficio como una norma de carácter excepcional frente a la regla general contenida en el artículo 235 del mismo Código, sólo admite una interpretación literal, ya que por prohibición expresa del artículo IV del Título Preliminar del Código Civil no es posible su aplicación por analogía, además, no se puede ignorar que el artículo 415 del Código Civil también regula un régimen alimentario excepcional que admite que la obligación alimentaria sea impuesta a un sujeto que, sin tener la condición de padre del beneficiario, pero debido a que "con razonable posibilidad, puede reputarse como progenitor" , debe asumir el derecho de subsistencia de ese niño que carece de filiación paterna.

En algunas resoluciones judiciales se ha sostenido que, en estricta atención del principio de igualdad que propugna nuestra Carta Magna , los hijos denominados típicamente alimentistas tienen derecho a requerir la subsistencia de la obligación alimentaria, cuando, habiendo alcanzado la mayoría de edad, siguen estudios exitosos de una obligación u oficio, pues, todos los hijos son iguales en derechos y deberes frente a la ley.

No estimo correcto el argumento descrito en el párrafo precedente. Del análisis comparativo del artículo 415 y los artículos 424 y 483 del C.C. es claro que el legisla-

dor determinó estatutos diferentes para la subsistencia de la obligación después de la mayoría de edad según hubiera una filiación determinada o no, pues sólo reglamentó el deber de los padres a proveer alimentos a sus hijos mayores de edad (debe entenderse con filiación paterna debidamente determinada) cuando éstos estuvieran realizando estudios de una profesión u oficio. No incluyó, como ya se ha advertido, este mismo presupuesto en la relación alimentaria que surge de la aplicación del artículo 415 del C.C. y tampoco incorporó una regla de remisión a esos preceptos.

Entiendo que la razón de esa diferencia responde al hecho de que además de haber tenido consideración que el obligado alimentante podría ser el padre, dentro de ese relación de probabilidad, también era posible que no lo fuera, por ende, que en muchos casos la obligación terminara siendo impuesta a un varón con quien el alimentista no tuviera nexo biológico. Dentro de ese esquema de probabilidades, no resultaba conveniente la extensión de la obligación alimentaria a favor de los llamados típicamente alimentistas al otro supuesto que sí incorporan los artículos 424 y 483 del C.C.

A favor de la subsistencia de la obligación a favor de los beneficiarios denominados típicamente alimentistas que siguen estudios exitosos de una profesión u oficio se ha argumentado también que una interpretación en ese sentido responde al principio de solidaridad que subyace en el derecho a pedir alimentos y en la dignidad de todo ser humano , asimismo, que al haberse reconocido al alimentante el derecho a rechazar la pretensión de alimentos con la demostración de que no es el padre biológico mediante la actuación de la prueba de ADN, la omisión para requerir la actuación de la misma, justifica plenamente la subsistencia de la obligación en aplicación extensiva de los artículos 424 y 482 del Código Civil, pero tampoco compartimos esta posición, pues ante la omisión del padre a reconocer su paternidad, el Estado debe procurar mas bien estimular el interés de los hijos –y de sus madres- en la determinación de este vínculo jurídico. Algunos pasos para la consecución de este objetivo ya han sido dados con la inclusión de la prueba del ADN en el artículo 402 y la reglamentación del procedimiento especial –aunque de regulación no muy acertada- de determinación judicial de la paternidad extramatrimonial, con lo que se ha flexibilizado la rigidez de nuestro sistema cerrado de investigación de la paternidad.

La institución que reconoce el derecho a pedir alimentos del llamado típicamente alimentista es de carácter excepcional –y debe seguirlo siendo- por cuanto responde a la atención inmediata y urgente que demandan las necesidades alimentarias de los hijos, por esta razón, no debería propiciarse una línea proteccionista a través de la subsistencia de la obligación alimetaria después de la mayoría de edad cuando dicha subsistencia se requiere porque el alimentista está realizando con éxito estudios de una profesión u oficio, pero es necesario aclarar que, comparto la posición mayoritaria no sólo por las explicaciones de orden legal que se han desarrollado, sino, principalmente, porque con la posición contraria se fomenta que el beneficiario mantenga su condición de hijo sin filiación paterna, sin que su padre que, aduciendo tal vez dudas sobre su paternidad, y estigmatizándolo de este modo por largo tiempo, tenga el menor atisbo de interés en tener una relación adecuada de padre-hijo.

Los hijos no sólo tienen necesidades alimentarias, también tienen necesidades afectivas y de protección que deben ser atendidas por sus progenitores; por tanto, debemos más bien facilitar –y fomentar- el ejercicio oportuno de su derecho a conocer a sus padres con la determinación del vínculo jurídico de filiación para el reconocimiento y ejercicio de la multiplicidad de deberes-derechos que surgen de esta relación de consanguinidad, considerada la más importante de las relaciones de parentesco.

CARACTERÍSTICAS PARTICULARES DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL AMPARO

"…En un país hambriento de derechos o lleno de derechos insatisfechos, pareciera que todos creamos – o queramos creer, aunque seamos conscientes de que ello no es así -, que los derechos que tenemos los podemos ejercer sin límites. Eso es lo que le ha sucedido al derecho a la tutela cautelar. Ha sido visto en nuestro país, prácticamente, como una autorización judicial para hacer cualquier cosa, algo así como una licencia para matar."

PRIORI POSADA, Giovanni F.

DRA. LITA REGINA PAOLA ALVARADO TAPIA
Juez del Segundo Juzgado Civil de Chiclayo
Profesora de Derecho Constitucional de la USAT

En principio, en nuestro ordenamiento jurídico, las medidas cautelares se regulan en el Título IV de la Sección Quinta del Código Procesal Civil y en todos los textos adjetivos de las materias desarrolladas legislativamente, y en el caso de las medidas derivadas de un proceso de amparo, son reguladas en el Código Procesal Constitucional como norma especial y supletoriamente se aplican las disposiciones procesales civiles, salvo algunas excepciones.

Sobre el tema, es prioritario aclarar que el Tribunal Constitucional peruano en la sentencia N° 0023-2005-PI/TC ha señalado que «Al igual que el derecho al libre acceso a la jurisdicción, la tutela cautelar no se encuentra contemplada expresamente en la Constitución. Sin embargo, dada su trascendencia en el aseguramiento provisional de los efectos de la decisión jurisdiccional definitiva y en la neutralización de los perjuicios irreparables que se podrían ocasionar por la duración del proceso, se constituye en una manifestación implícita del derecho al debido proceso, consagrado en el artículo 139° inciso 3), de la Constitución. No existiría debido proceso, ni Estado Constitucional de Derecho, ni democracia, si una vez resuelto un caso por la autoridad judicial, resulta de imposible cumplimiento la decisión adoptada por ésta».

En segundo lugar, se debe recordar que la función de la medidas cautelares está orientada, en su carácter instrumental, a asegurar la efectividad del derecho demandado en el marco de un debido proceso, no sólo cuando se trate de procesos que adolecen de dilaciones indebidas o que no se resuelvan dentro de los plazos establecidos, sino también cuando se trate de la duración ordinaria de los procesos. Existen procesos que por su duración, aunque tramitados dentro de los respectivos plazos, pueden constituir un serio peligro para la eficacia del derecho. Así, las medidas cautelares *son exclusivamente conducentes a hacer posible la efectividad de la tutela que pudiera otorgarse en una eventual sentencia estimatoria de amparo*.

En tal sentido, es necesario desarrollar, en base a algunas ideas recogidas de los tratadistas constitucionales, los conceptos previstos en el artículo 15º del Código Procesal Constitucional, pues es un deber del juez constitucional dotar de la prioridad debida y actuar con una diligencia especial en la tramitación de los pedidos cautelares que conocemos. De no tenerse presente ello, una medida que debería ser concebida como cautelar y excepcional, en el marco de procesos de tutela de urgencia, se convertiría en un instrumento inoperante, resquebrajando la capacidad de respuesta de la jurisdicción constitucional frente a los actos violatorios de derechos fundamentales que provienen de las autoridades públicas, y mellando el propio principio-derecho de dignidad humana, consagrado en el artículo 1º de la Constitución Política del Perú.

A fin de analizar las características particulares de las medidas cautelares en el amparo y su incidencia en el ámbito jurisdiccional, previamente es necesario recordar la

versión original del artículo 15º del Código Procesal Constitucional, el cual se transcribe a continuación:

"Art. 15º.- Se pueden conceder ***medidas cautelares*** *y de* ***suspensión del acto violatorio*** *en los procesos de amparo, hábeas data y de cumplimiento. Para su expedición se exigirá* ***apariencia del derecho****,* ***peligro en la demora*** *y que el pedido cautelar sea* ***adecuado*** *para garantizar la eficacia de la pretensión. Se dictan* ***sin conocimiento de la contraparte*** *y la* ***apelación*** *sólo es* ***concedida sin efecto suspensivo.*** *Su procedencia, trámite y ejecución dependen del* ***contenido de la pretensión constitucional intentada*** *y* ***del aseguramiento de la decisión final.***

El juez al conceder la medida atenderá al límite de ***irreversibilidad de la misma.***

Cuando la solicitud de medida cautelar tenga por objeto dejar sin efecto actos administrativos dictados en el ámbito de aplicación de la legislación municipal o regional, serán conocidas en ***primera instancia*** *por la* ***Sala competente de la Corte Superior de Justicia*** *del Distrito Judicial correspondiente.*

De la solicitud se corre traslado por el término de tres días, acompañando copia certificada de la demanda y sus recaudos, así como de la resolución que la da por admitida, tramitando el incidente en cuerda separada, con intervención del Ministerio Público. Con la contestación expresa o ficta la Corte Superior resolverá dentro del plazo de tres días, bajo responsabilidad salvo que se haya formulado solicitud de informe oral, en cuyo caso el plazo se computará a partir de la fecha de su realización. La resolución que dicta la Corte será recurrible con efecto suspensivo ante la Corte Suprema de Justicia de la República, la que resolverá en el plazo de diez días de elevados los autos, bajo responsabilidad.

En todo lo no previsto expresamente en el presente Código, será de aplicación supletoria lo dispuesto en el Título IV de la Sección Quinta del Código Procesal Civil, con excepción de los artículos 618, 621, 630, 636 y 642 al 672."

A la luz del artículo bajo comentario, se pueden obtener las siguientes características de las mencionadas medidas cautelares:

1) Son provisorias, es decir, la eficacia de sus efectos no dependen de un plazo. Sólo permanecen hasta que se dicte el fallo definitivo;

2) «Son variables, ya que pueden modificarse o suspenderse antes del fallo definitivo (si las circunstancias han variado)»[1]

3) «Son instrumentales, están al servicio de lo que ocurra en el proceso principal.

4) A diferencia de lo que sucede en otras ramas del Derecho, por el principio de gratuidad y por la naturaleza de los derechos a proteger, el que solicita la medida cautelar o la suspensión del acto violatorio no está obligado a ofrecer contracautela».[2] «Pues ello impediría el acceso a aquellas personas que sufren una afectación a sus derechos fundamentales y carecen de medios económicos suficientes».[3] De ocurrir lo contrario se «trataría de una violación al derecho fundamental de acceso a la justicia, que en materia de procesos constitucionales debe ser celosamente respetado».

---

[1] MESIA RAMIREZ, Carlos. Exégesis del Código Procesal Constitucional. Gaceta Jurídica.2007.p, 50.
[2] Ibidem
[3] HERNANDEZ VALLE, Rubén. Derechos Fundamentales y Jurisdicción Constitucional Jurista Editores. Lima, 2006. p, 306
[4] Ibidem
[5] MESIA RAMIREZ, Carlos. Ob.cit.p. 52
[6] Ibidem.
[7] Ibidem.
[8] Ibidem.
[9] OBANDO BLANCO, Víctor Roberto. "Enfoque de la medida cautelar en el proceso de amparo. Modificatoria de la Ley Nº 28946. En

5) «Debe adaptarse perfectamente a la naturaleza del derecho que se protege. Por ello, las medidas cautelares no pueden ser taxativas en los procesos constitucionales, sino que más bien deben ser *numerus apertus* a fin de que cumplan la función de tutela efectiva en el caso concreto».[4]

6) «Son jurisdiccionales, ya que se producen como resultado de una decisión jurisdiccional».[5]

7) «Son procedimientos sumarísimos, el juez la concede o la rechaza inmediatamente, teniendo como criterio lo que se ha fundamentado en el escrito de solicitud».[6]

8) «Son reservadas, se conceden o se rechazan sin conocimiento de la parte que va a sufrir las consecuencias de la medida cautelar (*inaudita altera pars*)».[7]

9) «Son prejudiciales, no en el sentido que se conceden antes de iniciar el proceso, posibilidad que no está permitida en los procesos constitucionales, sino que se llevan a cabo en base a una información elemental que le permite al juzgador prejuzgar en el sentido de que si no la concede el derecho puede convertirse en irreparable».[8]

10) Un aspecto importante a tener en cuenta es que el Código utiliza la expresión "se pueden conceder medidas cautelares y de suspensión del acto reclamado", siendo una distinción innecesaria debido a que la suspensión del acto violatorio implica una medida cautelar, pero como de no innovar.

11) La apelación de esta medidas cautelares se conceden sin efecto suspensivo.

12) El juez al conceder tales medidas atenderá al límite de la irreversibilidad de la misma. «El límite de la irreversibilidad de la medida cautelar significa que la medida cautelar no puede anticipar los efectos de la decisión final, de tal modo que luego no pueda ser alterado por la sentencia en caso de ser rechazada la pretensión». [9]

13) Su procedencia, trámite y ejecución dependen del contenido de la pretensión constitucional intentada y del aseguramiento de la decisión final.

14) A diferencia de la anterior legislación, sobre medidas cautelares en el amparo, se dicta sin intervención del Ministerio Público.

15) Tienen los siguientes presupuestos:

a) Verosimilitud del Derecho: *Fumus bonis iuris*

Fumus bonis iuris traducido literalmente quiere decir humo de buen derecho, mas en su acepción semántica debe entenderse como apariencia o aspecto exterior de derecho. «Este principio significa que el juez debe realizar una estimación o cálculo de probabilidad que le permita persuadirse que el derecho cuya cautela se pide, existe en principio».[10]

A decir de Monroy Palacios «la verosimilitud no sugiere que el Juez evalúe la fundabilidad de la pretensión sino que considere, por lo menos, que la pretensión tiene un sustento jurídico que la hace discutible».[11]

«El derecho será verosímil si es probable que exista y lo probable no es lo meramente posible sino lo que se puede demostrar mediante la comprobación de los

---

revista Suplemento de Análisis Legal Jurídica .Martes 9 de enero de 2007.Diario El Peruano.

[10] OBANDO BLANCO, Víctor. Ob. Cit, p. 225

[11] MONROY PALACIOS, Juan José. Bases para la Formación de una Teoría Cautelar. Lima. Comunidad, 2002. p. 173.
RIVAS, Adolfo Armando. Las Medidas Cautelares en el Código Procesal Civil Peruano. Jurista editores, Lima, 2005. p.40 y 41
HERNANDEZ VALLE, Rubén. Obt.cit. p.30
OBANDO BLANCO, Víctor. Temas del Proceso Civil, p. 225
OTELLS RAMOS, Manuel. Las medidas cautelares, editorial La Ley, Madrid, 2000, p. 983. Citado por: PRIORI POSADA, Giovanni F, Obt. cit. p,37
PRIORI POSADA, Giovanni F La tutela cautelar: su configuración como derecho fundamental. ARA editores, Lima, 2006.Obt. cit. p,39
ARIANO DEHO, Eugenia, Sobre la concreta inaplicación de los párrafos 3 y 4 del artículo 15 del Código Procesal Constitucional", en Dialogo con la Jurisprudencia, Nº 82, Gaceta Jurídica, Lima, Julio 2005, Año 11,p. 74 .Citado por Priori Posada. Obt. Cit.p, 68

hechos (…) De acuerdo al principio del *ex facto oriturius* el derecho será posible y por tanto verosímil, si los hechos en los que se funde pueden ser probados, es decir si son "probables»[12]

Dentro del contexto constitucional, en atención a este presupuesto, «el juez debe valorar que el daño alegado sea real y efectivo, concreto y cierto, aunque no necesariamente actual, pues bien puede ser futuro. El daño debe ser de difícil o imposible reparación, en el sentido que sea irreversible, pues los daños leves o fácilmente reversibles en su totalidad, no pueden servir al efecto».[13]

b) Peligro en la demora: *Pelicurum in Mora*

«Es la constatación por parte del juez, que si no concede de inmediato la medida cautelar a través de la cual garantice el cumplimiento del fallo definitivo es factible que éste jamás se ejecute con eficacia, esto es, persuadir al juez del perjuicio que va a producir la demora del proceso, va a ser infructuoso del proceso (irreparabilidad) »[14]

Para Ottells Ramos**,** el peligro en la demora «es el temor de que la necesaria demora del proceso genere que la sentencia a dictarse en él no sea efectiva».[15]

Este presupuesto está configurado por dos caracteres:

«a) El riesgo de daño jurídico debe ser causado por la demora

b) El riesgo jurídico debe ser eminente, lo que justifica la necesidad de dictar una medida cautelar, que tiene el carácter de urgencia».[16]

Tal como nos dice Priori Posada, ello no hace que «la determinación del peligro en la demora en los procesos constitucionales no ofrezca particulares problemas, siendo el principal el carácter residual que tiene los procesos constitucionales en defensa de derechos fundamentales». En referencia a ello, el autor, nos dice que «el juez, al calificar la demanda en estos procesos, (…) debe haber evaluado si existe un proceso igualmente idóneo o mejor para la efectiva protección del derecho que se reclama. Si existe entonces debe declarar improcedente la demanda, si no existe, le da trámite a la misma. Si se decide admitir a trámite la demanda del proceso constitucional, ello quiere decir, que ha concluido que esa vía (la sumaria y urgente) es la mejor para la protección del derecho fundamental no se puede esperar mucho tiempo, pues la demora (aquella del proceso ordinario) terminaría por producir una lesión al derecho fundamental cuya protección se reclama. Por ello, la procedencia de la demanda en este tipo de procesos es un prejuzgamiento en torno a la existencia de cierto peligro en la demora.

«Lo dicho se pone mucho más en evidencia si el proceso constitucional al que se refiere no se inicia por una lesión a un derecho fundamental, sino por la amenaza de lesión. Cuando se produce este caso, si se admite este tipo de demandas, es porque se ha concluido que la realización del riesgo resulta eminente de que se va a producir una lesión al derecho fundamental (…) En este caso, resulta claro entonces, que si el juez ha admitido una demanda ante este supuesto ya ha admitido que existe un riesgo inminente; y le resultará sumamente difícil no conceder una medida cautelar alegando que no existe un riesgo de inminente realización. Es decir para el autor, «un proceso de amparo en sí debería ser tan rápido que no

---

Dialogo con la jurisprudencia 107 Agosto 2007 Gaceta Jurídica
OBANDO BLANCO, Víctor. Ob.Cit, p. 226
HERNANDEZ VALLE. Ob. Cit, p.306
OSSORIO, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales.23º Ed. Editorial Heliasta. 1996.p. 685.
Sobre esta nueva doctrina SALAS VILLALOBOS nos dice «La nueva teoría de la ponderación judicial con la escuela del neocontitucionalismo, exige un elevado grado de desarrollo de razonabilidad en la justificación interna de las resoluciones judiciales , cualquiera sea su finalidad»
SALAS VILLALOBOS, Sergio. R. Obt. Cit. p 19
Ibidem . p. 20

debería haber posibilidad ni tiempo para que el juez se detenga en el análisis de si cabe o no una medida cautelar, pues en ese tiempo debería estar ya dictada la sentencia».

Sobre este tema se ha pronunciado la doctrina nacional: «en rigor en el proceso de amparo no se requería de medida cautelar alguna pues es el mecanismo de protección urgente de un derecho constitucional amenazado o ya vulnerado»[17]. Esta idea se relaciona con lo expuesto por el constitucionalista Hernández Valle, quien nos dice que en efecto en algunas legislaciones, verbigracia, al darle trámite a un recuso de amparo se suspenden automáticamente los efectos del acto impugnado. Esta suspensión opera de pleno derecho, sin necesidad de que exista un acto volitivo del juez.

c) Adecuación

Existe la necesidad de que se otorguen medidas cautelares que sean congruentes y proporcionales. La adecuación se fundamenta en el hecho de que los procesos judiciales deben desarrollarse no solo en base al cumplimiento estricto de las normas vigentes, sino en la necesidad de que aquellos preceptos deban ser adoptados a los particulares requerimientos del objeto del proceso y de la situación de las partes.

Este presupuesto, para la concesión de medidas cautelares en el proceso de amparo, significa que entre el objeto de la medida cautelar y la pretensión de la demanda debe existir una correlación. «Dicha correlación se basa en la instrumentalidad de la medida cautelar, de modo que la medida deberá adoptar una direccionalidad lo más definida o cercana posible hacia la consecución de la tutela efectiva en el proceso principal»[18], en este caso el conseguir la efectiva tutela de los derechos fundamentales.

Además, dicho presupuesto debe contener dos importantes características la congruencia y la proporcionalidad, las mismas que cumplen un papel importante: *La Congruencia* es la correspondencia material y formal entre lo que pide el solicitante de la medida con lo que busca asegurar, y la *Proporcionalidad,* como parte de la razonabilidad, implica esencialmente justicia, que debe garantizar que la medida otorgada resulte razonable o justa para la efectivización de la tutela material.

Ambos principios son importantes, pero naturalmente debe privilegiarse la razonabilidad porque no necesariamente lo que pide el solicitante es lo más adecuado para la obtención de los fines de la medida, siendo el juez quien debiera garantizar la correspondencia material y formal de la medida con lo que se busca asegurar.

d) No existencia de Contracaución

La contracautela «Es un presupuesto no para conceder sino para ejecutar la medida cautelar. Mediante la contracautela se asegura los eventos dañosos que puede producir la ejecución de la medida cautelar. Dentro de los tipos de contracautela encontramos la Caución Personal (fianza). La caución Juratoria no debe exigirse en todo proceso" [19]

«La contracautela debe ser otorgada atendiendo a varios factores, como el derecho sustantivo que se requiere cautelar, la condición social y económica de quien peticiona la medida, así como el mayor grado de verosimilitud del derecho» (Exp. N° 168-95,5° S. C, Corte Superior de Lima, 19 de Febrero de 1996, en PELÁEZ BARDALES,

Mariano, El proceso cautelar, Grijley, Lima, 2007, pp. 571-572)

A diferencia del resto de procesos, «En los procesos constitucionales (…) no existe la contracaución, pues ello impediría el acceso a aquellas personas que sufren una afectación a sus derechos fundamentales y carecen de medios económicos suficientes. En el fondo, se trataría de una violación al derecho fundamental de acceso a la justicia, que en materia de procesos constitucionales debe ser celosamente respetado».[20]

16. Cesación de efectos de actos administrativos municipales

En el Art. 15 en su versión original, textualmente decía lo siguiente:

"Cuando el acto lesivo proviene de la aplicación de la legislación municipal y regional, el juez competente es la Sala Superior del distrito judicial correspondientes. La medida cautelar se concede previo traslado de la misma por tres días a la parte demandada. La apelación es con efecto suspensivo".

El citado artículo tiene las siguientes características:

a) Una vez presentada la solicitud de medida cautelar, ésta será resuelta con conocimiento de la parte demandada.

b) Es posible solicitar informe oral.

c) De apelarse la decisión adoptada en primera instancia ésta sólo será concedida suspendiéndose sus efectos.

d) Intervención del Ministerio Público.

e) En primera instancia es de conocimiento de una Sala Superior y, en segunda instancia por la Corte Suprema de Justicia**.**

Podemos decir que este párrafo es la norma que más claramente demuestra cómo una ley pudo vulnerar de manera flagrante y sin pudor el derecho constitucional a la tutela cautelar. Dicha norma es inconstitucional, pues crea, sin justificación objetiva ni razonable alguna, un trámite distinto para solicitar medidas cautelares contra actos expedidos por los gobiernos regionales y locales. Es inconstitucional además, porque regula un trámite tan engorroso para la obtención y ejecución de una medida cautelar que en la práctica hace imposible que ella pueda llegar oportunamente. Lesiona con ello, los derechos fundamentales a la igualdad y a la tutela jurisdiccional efectiva.

Modificación del Artículo 15º por la Ley Nº 28946

La versión original del Art. 15º en comento fue modificada por la Ley Nº 28946, publicada el 24 de diciembre del 2006, cuyo texto es el siguiente:

Art. 15º.- Medidas Cautelares

Se pueden conceder medidas cautelares y de suspensión del acto violatorio en los procesos de amparo, hábeas data y de cumplimiento, sin transgredir lo establecido en el primer párrafo del artículo 3 de este Código. Para su expedición se exigirá apariencia del derecho, peligro en la demora y que el pedido cautelar sea adecuado o ***razonable para garantizar la eficacia de la pretensión****. Se dictan sin conocimiento de la contraparte y la apelación sólo es concedida sin efecto suspensivo; salvo que se trate de resoluciones de medidas cautelares que declaren la inaplicación de normas legales autoaplicativas, en cuyo caso la apelación es con efecto suspensivo.*

*Su procedencia, trámite y ejecución dependerán del contenido de la pretensión constitucional intentada y del adecuado aseguramiento de la decisión final, a cuyos extremos deberá limitarse**.** Por ello mismo, el Juez al conceder en todo o en parte la medida solicitada deberá atender a la irreversibilidad de la misma y al* ***perjuicio que por la misma se pueda ocasionar en armonía con el orden público, la finalidad de los procesos constitucionales y los postulados constitucionales****.*

Cuando la solicitud de medida cautelar tenga por objeto dejar sin efecto actos administrativos dictados en el ámbito de aplicación de la legislación municipal o regional, se correrá traslado por el término de tres días, acompañando copia certificada de

la demanda y sus recaudos, así como la resolución que la da por admitida, tramitando el incidente por cuerda separada, con intervención del Ministerio Público. Con la contestación expresa o ficta, ***el Juez*** *resolverá dentro del plazo de tres días, bajo responsabilidad.*

En todo lo no previsto expresamente en el presente Código, será de aplicación supletoria lo dispuesto en el Título IV de la Sección Quinta del Código Procesal Civil, con excepción de los artículos 618, 621, 630, 636 y 642 al 672.

Entre las positivas modificaciones que se produjeron con la entrada en vigencia de la Ley Nº 28946, podemos citar las siguientes:

a) Armonía con el orden público, la finalidad de los procesos constitucionales y los postulados constitucionales.

Esto quiere decir que al conceder medidas cautelares en procesos de amparo, en virtud a la aludida modificación del artículo 15º, deben estar en armonía con el Orden Público. Se entiende por Orden Público al «conjunto de condiciones fundamentales de vida social instituidas en una comunidad jurídica, las cuales, por afectar centralmente a la organización de ésta, no pueden ser alteradas por la voluntad de los individuos ni, en su caso, por la aplicación de normas extranjeras».[21]

b) Modificación de la cesación de efectos de actos administrativos municipales y regionales

Luego de intensos debates e incluso de la sentencia expedida por el Tribunal Constitucional recaída en el exp. 0023-2005-PI/TC, que declara constitucionales el tercer y cuarto párrafo del artículo 15 de la Ley N.º 28237; estos párrafos por la referida Ley Nº 28946, por lo que en razón de ello, se traslucen los siguientes modificaciones:

1) Se correrá traslado por el término de tres días, acompañando copia certificada de la demanda y sus recaudos, así como la resolución que la da por admitida, tramitando el incidente por cuerda separada

2) No es posible solicitar informe oral.

3) De apelarse la decisión adoptada en primera instancia ésta será concedida sin efecto suspensivo

4) Intervención del Ministerio Público.

5) En primera instancia es de conocimiento del juez de primera instancia y, en segunda instancia por la Sala competente de la Corte Superior de Justicia del Distrito Judicial correspondiente.

c) Principio de Razonabilidad y la Motivación de las Resoluciones Judiciales

El principio de Razonabilidad es una de las inclusiones más acertadas de la Ley. Por este principio el juez constitucional realizará una justificación interna de la concesión de las medidas cautelares.

Este principio se encuentra incluido en el deber de motivación de las resoluciones judiciales. El deber de motivación de las resoluciones judiciales lo encontramos en el Art. 139° inciso 5 de la Constitución Política del Perú, según el cual, toda resolución que emita una instancia jurisdiccional (mandato que no se restringe a los órganos del Poder Judicial, sino también a toda entidad que resuelva conflictos, incluido el Tribunal Constitucional) debe estar debidamente motivada. «[…] La debida motivación debe estar presente en toda resolución que se emita en un proceso. Este derecho implica que cualquier decisión cuente con un razonamiento que no sea aparente o defectuoso, sino que exponga de manera clara, lógica y jurídica los fundamentos de hecho y de derecho que la justifican, de manera tal que los destinatarios, a partir de conocer las razones por las cuales se decidió en un sentido o en otro, estén en la aptitud de realizar los actos necesarios para la defensa de su derecho. El derecho a la motivación es un presupuesto fundamental para el adecuado y constitucional ejercicio del derecho a la tutela procesal efectiva» (Exp. N° 6712-2005-HC/TC, 17/10/05, P, Fj.2).

«Toda resolución judicial requiere una

base sólida de motivación. No sólo en cumplimiento del mandato constitucional sino como exigencia que distingue al debido proceso como principio jurisdiccional de primer orden». La motivación judicial en la vigencia de la nueva doctrina jurídica del neoconstitucionalismo[22], ha pasado de ser una mera formalidad a una exigencia necesaria que garantice la adecuada validez de un proceso judicial para evitar que éste sea arbitrario».[23]

«Las resoluciones judiciales no sólo precisan de motivación en cuanto se refieren a sentencias o resoluciones que definen o deciden un derecho como tema de fondo. En el ámbito procesal la concesión de medidas cautelares contiene en esencia un alto grado de razonabilidad; entendido ello dentro de un marco garantista como consecuencia de la aplicación de la teoría de la ponderación judicial. Obviamente, la concepción clásica omitía esta consideración, de ahí su generada arbitrariedad. Es importante destacar, en consecuencia, que como producto de todo un ejercicio de razonabilidad el juez deberá arribar a un convencimiento básico y sustancial de que existe forma aparente del derecho que se pretende. Por lo tanto, no deben admitirse dudas en la conclusión del razonamiento, ya que de ocurrir ello, obvio es que no concurre el convencimiento y por lo tanto, se duda también de la certeza, debiéndose rechazar la medida solicitada».[24]

Como lo ha precisado el Tribunal Constitucional «en reiterada jurisprudencia, el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales no garantiza una determinada extensión de la motivación, por lo que su contenido constitucional se respeta, *prima facie*, siempre que exista: a) fundamentación jurídica, que no implica la sola mención de las normas a aplicar al caso, sino la explicación y justificación de por qué tal caso se encuentra o no dentro de los supuestos que contemplan tales normas; b) congruencia entre lo pedido y lo resuelto, que implica la manifestación de los argumentos que expresarán la conformidad entre los pronunciamientos del fallo y las pretensiones formuladas por las partes; y c) que por sí misma exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aún si ésta es breve o concisa, o se presenta el supuesto de motivación por remisión».

Siendo ello así, es necesario que se tome en cuenta por parte de los operadores de justicia el deber de motivación, pues con ello se realizará una razonada justificación interna y externa sobre el dictado de resoluciones que versan sobre medidas cautelares en el caso analizado, derivadas de procesos de amparo.

De todo lo esbozado, podemos concluir como reflexión final que los jueces, como garantes de los derechos humanos, debemos de resolver las medidas cautelares en los procesos de amparo atendiendo a las características explicadas y naturaleza *sui generis* de éstas, teniendo como único fin: *la búsqueda de la efectiva tutela de los derechos fundamentales y garantizar la eficacia en el cumplimiento de la decisión definitiva del amparo*, desvirtuando así, frente a la colectividad, la frase enunciada por Priori Posada al inicio de este artículo, sobre todo en el extremo que dice que el derecho a la tutela cautelar: "*Ha sido visto en nuestro país, prácticamente, como una autorización judicial para hacer cualquier cosa, algo así como una licencia para matar".*

"EL CARÁCTER INOFICIOSO DE LA PRETENSIÓN PROCESAL DE MEJOR DERECHO A LA PROPIEDAD"

Por: LORENZO MARTÍN HUAMÁN VERA
Juez Provisional del Primer Juzgado Civil de Chiclayo

Una de las pretensiones procesales que con mayor frecuencia forman parte del trámite judicial, es la denominada Acción de MEJOR DERECHO A LA PROPIEDAD.

En la doctrina se llama también acción declarativa de dominio, la cual "(…)exige la prueba del dominio por el actor y la identificación de la cosa (…), pero no que el demandado se halle en su posesión. La legitimación pasiva corresponde, pues, a los que nieguen o contesten simplemente el derecho de aquél (…)" (DIEZ-PICAZO Luis y GULLÓN, Antonio. "Sistema de Derecho Civil". Volumen III. Derecho de Cosas y Derecho Inmobiliario Registral. Séptima Edición. Editorial Tecnos. 2002.Madrid. Pág. 178).

En el ámbito procesal, pretensión es el fin concreto que persigue el demandante al interponer una demanda, es decir, las declaraciones que pretende se hagan en sentencia. En este orden de ideas, la pretensión de "mejor" derecho a la propiedad está dirigida a que se ratifique, mediante sentencia, como titular del derecho de propiedad a quien exhibe documentos o alega situaciones jurídicas de mayor jerarquía (de mayor jerarquía que los del demandado) o "mejor condición" como pretendido título o causa del derecho.

Se trata del conflicto suscitado debido a la concurrencia de adquirientes de un mismo bien. Cada cual alega tener el derecho de propiedad exclusivo sobre ese bien. Y para ello, invoca un pretendido título (causa del derecho).

Ahora, ¿cómo está determinada la "jerarquía" o "mejor condición" de los referidos documentos o situaciones jurídicas?. La respuesta la encontramos en el texto del artículo 1135 del Código Civil. Aunque también podemos inferirla de los supuestos de otras normas como los artículos 950 y 2022 del cuerpo sustantivo.

En todo proceso de "mejor" derecho a la propiedad, cada parte, necesariamente, alega la mayor jerarquía o "mejor condición" de sus situaciones jurídicas o de sus documentos, y pretende que, sobre esa base, se ratifique el derecho de propiedad en su favor, con exclusión de la otra parte.

¿Resulta necesaria la pretensión de "mejor" derecho a la propiedad?

¿Qué conflicto se soluciona o que obstáculos se salvan con la declaración judicial de "mejor" derecho a la propiedad? ¿cuál es la finalidad de la pretensión?

Conforme a la clásica tripartición de sentencias, existen las constitutivas, las meramente declarativas y las de condena.

Debemos decir, en primer lugar, que, en el caso de un proceso sobre "mejor" derecho a la propiedad, la sentencia no va a atribuir calidad de "título" al documento, porque ello ya viene siendo determinado por la ley. Y, en segundo lugar, que la sentencia no va a "documentar" el "título" por cuanto, ya existe "documento" (como sucede, por ejemplo, con las sentencias de prescripción adquisitiva de dominio, que resultan necesarias para "documentar" el título).

En este orden de ideas, la sentencia de "mejor" derecho a la propiedad no es ni constitutiva ni declarativa del "mejor" derecho a la propiedad.

Entonces, ¿podríamos decir que la sentencia de "mejor" derecho a la propiedad sólo pretende atribuir "eficacia" a un título de propiedad (o al derecho de propiedad)?

¿Es que, acaso, sin la declaración judicial, el título del demandante no tendría eficacia?

¿Sin la sentencia de "mejor" derecho a la propiedad, el derecho del adquiriente no

es ejecutable?

Hagamos el siguiente análisis:

¿En qué supuestos de hecho se interpone la pretensión de "mejor" derecho a la propiedad?

Conforme a la definición arriba citada (que es la que predomina en la doctrina), se consideran los siguientes supuestos:

a) Cuando, encontrándose el bien en poder del demandante que alega tener "mejor" derecho a la propiedad, éste pretende evitar que se le despoje del mismo o se perturbe su posesión.

b) Cuando de alguna otra manera, pretende realizar la ejecución plena de los demás atributos del derecho de propiedad (disponer, gravar, etc.)

Ahora ¿cómo se ejecuta la sentencia que declara el "mejor derecho a la propiedad"?

Como quiera que el bien está en poder del demandante vencedor, no hay diligencia de ejecución que realizar.

Entonces, ¿para lograr los objetivos anteriormente señalados, es necesario una sentencia judicial de "mejor" derecho a la propiedad?

La "eficacia" del derecho de propiedad en conflicto no se encuentra en una sentencia judicial, sino con el sólo ejercicio del derecho que ha sido otorgado por la ley y que está contenido en el documento.

Entonces, ¿cómo se ejercería ese derecho?

Existen los medios legales para la defensa del derecho de propiedad cuando éste es atacado. Pues tenemos las pretensiones de Nulidad de Acto Jurídico, Reivindicación, Desalojo.

Si un tercero exhibe documento con el cual pretende la titularidad de nuestro derecho, pues recurramos a la pretensión de Nulidad de Acto Jurídico.

Si la declaración judicial de nulidad no es suficiente para el ejercicio de nuestro derecho mediante la posesión, pues tenemos las pretensiones de Reivindicación y de Desalojo.

Al respecto, resulta pertinente hacer la siguiente cita: "(…) La Corte Suprema ha declarado en múltiples ejecutorias que el ejercicio nominal de la acción reivindicatoria puede ser interpretado como si se tratase de una acción declarativa de dominio (si no hay condena de restitución por el demandado) (…). En buena cuenta, nuestros tribunales están manifestando que el "nomen juris" utilizado para la pretensión procesal no es decisivo, si la verdadera naturaleza de ésta puede deducirse del contexto del petitorio. (…)" (GONZALES BARRÓN, Gunther. "Derechos Reales". Jurista Editores. 2005. Lima. Pág. 596).

Vemos, entonces –en razón de todo lo antes expuesto-, que hay casos en que la pretensión de "mejor" derecho a la propiedad, se confunde con otras pretensiones como pueden ser la reivindicación, el desalojo o la nulidad de acto jurídico. En estos casos, el objeto de aquélla es absorbido por el de éstas. Y ello, precisamente porque al perseguir, la pretensión de "mejor" derecho a la propiedad, una sentencia puramente declarativa, puede decirse que carece (la pretensión) de objeto propio.

Bajo este contexto, la sentencia emitida en un proceso de "mejor" derecho a la propiedad contiene la pura declaración del derecho de propiedad o, mas bien dicho, el reconocimiento del derecho de propiedad en base a prueba preexistente. Caso distinto es aquél en que se pretende la declaración del derecho de propiedad en base a actuación probatoria o a prueba recién formada dentro del proceso: en este último caso, podríamos considerar que estamos ante una pretensión de adquisición de derecho de propiedad; la cual sí se justifica.

Siendo así, la pretensión de "mejor" derecho a la propiedad, por sí misma, resulta inútil, innecesaria o inoficiosa.

Sobre la utilidad o necesidad de esta

pretensión, se ha dicho "(…) La acción declaratoria de mejor derecho de propiedad obedece así a la necesidad de otorgar una seguridad plena, objetiva e incuestionable respecto de los titulares del derecho real de dominio sobre los bienes que se hallen en el tráfico jurídico (…)" (SAGÁSTEGUI URTEAGA, Pedro. "Acciones Judiciales en Defensa de la Propiedad y Posesión". Librería y Ediciones Jurídicas. 2005. Lima. Pág. 38).

Ello no es cierto, por cuanto la sentencia judicial, sea incluso constitutiva del derecho de propiedad, no otorga seguridad plena al titular del mismo, y mucho menos si se trata de una sentencia meramente declarativa. La única forma de otorgar seguridad plena a la adquisición del derecho de propiedad y obtener efectos erga omnes es a través de la inscripción registral.

Ésta es una manifestación de la problemática que abordamos para encontrarle solución.

Sin embargo, el mayor problema tal vez radica en que se trata de una circunstancia que nos atreveríamos a llamarla "institucionalizada" (si cabe el término) en nuestra realidad jurídica; un problema que nuestros operadores del Derecho -de manera especialísima y determinante, nuestros Magistrados-. No lo consideran tal. Muestra de ello es que vemos casi a diario Ejecutorias Supremas que se pronuncian sobre la "acción de MEJOR DERECHO A LA PROPIEDAD", o lo más crítico, se recomienda esta acción: ejecutorias que dicen que "la acción que corresponde incoar en el caso sublitis es la de MEJOR DERECHO A LA PROPIEDAD"

¿Qué sucede, entonces?
¿Cuáles son las razones para que nuestros operadores del Derecho -llámese tratadistas, magistrados, abogados, etc.-, no se hayan detenido a analizar la INOFICIOSIDAD de esta acción?

En primer lugar podemos afirmar que el sujeto activo o titular del derecho de propiedad no tiene interés para obrar. Si no ha sido privado de la cosa ¿Qué interés tiene para pedir tutela o, dicho de otro modo, qué tutela pretende?

Y lo antes dicho, nos conduce a otra manifestación del problema, que se traduce en imponer una carga adicional a la labor jurisdiccional: congestiona, aún más, innecesariamente, la carga procesal en los juzgados.

Y así también, se ocasiona, en el justiciable -persona común y corriente, lego en materia jurídica-, innecesario perjuicio económico en materia de dinero y de tiempo, pues se le hace pagar gastos judiciales y honorarios de abogado para iniciar y continuar un proceso (de conocimiento: el más largo de los que regula nuestra ley procesal) que no necesita para la eficacia de su derecho.

La otra fase del análisis está referida a la denominación de esta pretensión: "MEJOR DERECHO A LA PROPIEDAD".

¿Puede acaso, existir, dos sujetos -o partes si se quiere- que tengan al mismo tiempo el Derecho Exclusivo de Propiedad sobre un Mismo Bien, y que el de Uno sea MEJOR que el del Otro?

En nuestra opinión No: Simplemente Uno tiene el Derecho y el Otro No lo tiene. Y en realidad, ESO es lo que declara el Juez en su decisión final respecto de esta pretensión. Pero la Denominación subsiste.

EL ABUSO DEL DERECHO Y LA LABOR DEL MAGISTRADO

Por: GUSTAVO RAFAEL JÁUREGUI FLORES
Juez del Segundo Juzgado de Paz Letrado de Ferreñafe

Celso define al Derecho en una célebre máxima que pone de manifiesto su noble y trascendente fin. En breve frase sintetiza el significado ontológico, ético y estético del Derecho: ***"ius es art boni et aequi"***, ya no sólo un ciencia, sino *el arte de lo bueno y justo*; apotegma, convertido en bandera de ideales que flamea vigorosa y altiva en la cruzada espiritual de la humanidad por construir la civilización del entendimiento y el orden, obra en la cual, los Abogados somos obreros indispensables.

EL ABUSO DEL DERECHO

1. Los Antecedentes Históricos del Instituto.

1.1 Roma.

En el derecho romano se reprobaba el uso arbitrario del derecho en tanto no se admitía un uso antisocial del mismo, así Borda afirma: "...se sostiene que la idea estuvo ya en germen en el derecho romano y que algunas normas de las partidas implicaban una aplicación del concepto..."[1]; así también, existen autores que señalan simplemente que los romanos ignoraron esta figura jurídica. Fernando Vidal Ramírez afirma: "…a decir de los romanistas los jurisconsultos romanos no fueron afectos a las abstracciones sino a las consideraciones de los casos concretos para determinar la situación que merecía ser protegida y las circunstancias en las que debía reconocerse al sujeto de derecho la facultad de entablar sus relaciones jurídicas"[2].

No obstante y pese a no existir evidencias de que los romanos desarrollaron una teoría o doctrina sobre el Abuso del Derecho, se puede afirmar que el derecho romano es en sí, una constante y esforzada lucha que ejercieron las fuerzas civilizadoras del ser humano por limitar la arbitrariedad del poder de los hombres; vale decir, en el ejercicio de las prerrogativas del más poderoso sobre el más débil y esto lo podemos observar en el *corpus iuris civilis* que según Spota, citado por Fernández Sessarego, es un notable sistema de limitación del ejercicio de los derechos subjetivos[3]. Para el referido autor las limitaciones constituían en sí la aplicación del principio: "Las prerrogativas individuales no debían ejercerse bastardeando los fines de la Ley".

Por otro lado, la equidad fue considerada como un principio rector en la aplicación del derecho, que limitó el absoluto e ilimitado ejercicio de los derechos subjetivos, función que estaba a cargo del Pretor; esto debido a que existía el criterio de que la aplicación rígida del derecho trae como consecuencia algún despropósito jurídico.

---

[1]BORDA, Guillermo. Manual de Obligaciones; Buenos Aires-Argentina; Perrot; 1963; p. 408.
[2]VIDAL RAMÍREZ, Fernando; El Acto Jurídico; Gaceta Jurídica; Lima-2005; p.15.
[3]FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. Abuso del Derecho; p. 85.
[4]FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. Abuso del Derecho; p. 91.
[5]Ver VEGA MERE, Yuri. Articulo: "Apuntes Sobre el Denominado Abuso del Derecho", publicado en revista Thémis Edición N° 21; p. 31.
[6]Ibidem p.35.
[7]FERNANDEZ SESSAREGO. op. sip; p.95.
[8]MONROY GALVEZ. op.cit. p.VII
[9]La sociedad liberal es aquella que corresponde al liberalismo económico que es aquel sistema económico en el que predomina la permanente competencia entre los agentes económicos sometidos a la ley de la oferta y demanda, cuyo pilar fundamental viene a ser la

En conclusión, el parecer general es que en Roma no se conoció un desarrollo dogmático de la teoría del Abuso del Derecho; sin embargo, los jurisconsultos romanos, abordaron y resolvieron dentro del principio de la equidad cuestiones concretas, que se patentizaba en el criterio de quien impartía justicia al advertir un uso anormal del derecho.[4]

1.2. De la Emulación a la Teoría de las Inmisiones.

El más antiguo criterio sobre la existencia de un tratamiento jurídico sobre el ejercicio abusivo del derecho se daría con la ***emulatio*** que centraba el abuso de un derecho en la conducta preñada de una intención dañosa[5]. Para Fernández Sessarego, en el Derecho Intermedio (Edad media), no es posible aún encontrar un instituto de las características del que es materia de estudio, pero si se aprecia el desarrollo doctrinario de lo que se conoce como la Teoría de los Actos de Emulación. La ***emulatio***, consistió en el ejercicio de un derecho subjetivo con la inconfesable o indisimulada intención de causar perjuicio a otra persona. Se estableció así el deber de no usar un derecho subjetivo con la finalidad de causar daño a otro sujeto de derecho. Este instituto se desarrolló y alcanzó una mayor trascendencia en los derechos reales y de las obligaciones.

Los actos emulativos - como lo señala Spota, citado por Fernández Sessarego - están referidos fundamentalmente al uso antisocial que se da al derecho de propiedad, sin utilidad para el dueño y sólo con la intención de causar daño a otro.

Por otro lado, en la Edad Intermedia, al lado de la teoría de los actos emulativos aparece la teoría de los actos de las **inmisiones**, que se diferencia de la anterior por su carácter objetivo, puesto que aquí lo que interesa ya no es la intención (subjetiva) del agente sino el resultado de la acción. Así del latín ***immissio***, las inmisiones viene a ser el aprovechamiento de la propiedad pero con la particularidad de que va a acarrear un perjuicio a un vecino, así se habló de inmisiones producidas por la polución de humos, ruido, olores, calor, entre otros factores físicos que van a provocar daños al vecino del predio colindante, es decir, cuando se trata de efectos superiores a la tolerancia admitida como regular o promedio y teniendo en cuenta el contexto del espacio (lugar), como por ejemplo las costumbres y los usos.

1.3 La Jurisprudencia Francesa: Sentencias de Colmar y Lyon

El jurista nacional Yuri Vega Mere, refiere que "... esta teoría surgió en el siglo XIX, como un remedio ante el uso antisocial que se daba a los derechos subjetivos, fundamentalmente gracias a la labor de la siempre progresiva jurisprudencia francesa".[6]

---

propiedad privada, con escasa o nula intervención del Estado, y en el ámbito de la vida social prevalecía del egoísmo humano.
[10]BORDA. op.cit. p.408.
[11]VEGA MERE, Yuri. Op. cit. p.31
[12]Cfr. DU PASQUIER, Claude. pp.13 y 14, 81 a 83, 87 y 88, 215 a 216, 253 y 254.
[13]FERNANDEZ SESSAREGO. op. cit. p. 49 y 50
[14]PUIG BRUTAU, José. op. cit; p. 422
[15]FERNANDEZ SESSAREGO. op. cit; p.59
[16]VEGA MERE, Yuri. op. cit. p. 33
[17]FERNANDEZ SESSAREGO. op. cit; p.60
[18]Logomaquia: Discusión o disputa basada en un desacuerdo puramente verbal, ateniéndose a la letra y no al fondo de la cuestión.
[19]BORDA, Guillermo. op. cit; p.408

La figura del Abuso del Derecho surgió en el siglo XIX como un medio correctivo para el uso antisocial que se daba al derecho subjetivo por parte, claro está de su titular. Ha sido la labor atenta de la magistratura francesa, que a través de la jurisprudencia ha sabido crear derecho a "golpe" de sentencias – empleando así un término empleado en sus clases por el profesor universitario y actual Tribuno Gerardo Eto Cruz -, sintonizando así, el desarrollo de las Ciencias Jurídicas con las demandas comunitarias de la sociedad. Una jurisprudencia ágil, atenta y permeable ha permitido adecuar el derecho al desarrollo de las corrientes de pensamiento y conciliarlo con los aportes de la ciencia y la técnica.[7]

La jurisprudencia representa el llamado derecho vivo, es decir aquél que encuentra inmediata repercusión en la cotidianidad[8], son determinados fallos de carácter excepcional que cubren vacíos o deficiencias de la legislación e impulsan el desarrollo de las ciencias jurídicas, con la finalidad de humanizar la rigidez de la norma jurídica y hacer posible el fin Justicia en la siempre cambiante realidad social.

El **Tribunal de Colmar** mediante sentencia del 2 de mayo de 1855 inició propiamente, el largo camino aún no concluido de enfrentar la problemática del ejercicio abusivo de las prerrogativas al limitar el derecho de propiedad que era uno de los pilares fundamentales sobre los que reposa la sociedad liberal[9], que en las legislaciones occidentales del siglo XIX se presentaba como un derecho *cuasi* absoluto por lo cual el propietario estaba facultado para usar y abusar del bien. La sentencia en cuestión, se refería al caso de un propietario que había construido una falsa y voluminosa chimenea, que por demás inútil buscaba sólo causar un perjuicio al vecino colindante en tanto se elevaba amenazante sobre su ventana con la finalidad de quitarle luz. Esta acción, si bien se encontraba respaldada en un derecho subjetivo del propietario, carecía en su ejercicio de un interés serio y legítimo, además que no beneficiaba al titular, mas sí causaba un daño a otro. El Tribunal ordenó la demolición de la construcción y dejó expedito el derecho del perjudicado para hacer efectivo el resarcimiento por el daño sufrido.

Es en virtud de este fallo los juristas buscaron el desarrollo doctrinario de la entonces embrionaria institución y fue **Saleilles** quien sustentándose en la idea de que el derecho debe tener como límite la satisfacción de un interés serio y legítimo logra plasmar por primera vez una doctrina del abuso del derecho que gira en torno al ejercicio anormal de una prerrogativa.

La sentencia del **Tribunal de Lyon** (1856), se constituye en un hito en el elaboración dogmático del instituto del abuso del derecho. Mediante esta decisión jurisprudencial se sancionó a un propietario que instaló una bomba

---

[20]Ibidem. p.409
[21]PUIG BRUTAU, José. Introducción al Derecho Civil; p. 423 y 425.
[22]FERNANDEZ SESSAREGO. op. cit. p. 111.
[23]RUBIO CORREA, Marcial. Titulo Preliminar del Código Civil de 1984; serie: para leer el Código Civil p.46.
[24]RUBIO CORREA, Marcial. op. cit. p.46
[25]El Art. 1971 inc. 1 del C.C. se refiere a que no existe responsabilidad en el caso de el ejercicio regular de un derecho.
[26]El Art. 920 del Código Civil se refiere a la Defensa Posesoria extrajudicial: "el poseedor puede repeler la fuerza que se emplee contra el y recobrar el bien, sin intervalo de tiempo (...)".
[27]FERNANDEZ SESSAREGO. op. cit. p.112
[28]LEON BARANDIARAN, José. Curso Elemental de Derecho Civil Peruano. P.40 y 41
[29]RUBIO CORREA. op. cit; p.42

en el subsuelo de su heredad con la finalidad de succionar las aguas de una fuente, sin ningún provecho para éste y mas bien buscando causar daño al vecino, pues le impedía acceder al agua de esta fuente para realizar su actividad económica, la gravedad del hecho se evidenció cuando el Tribunal constató que el agua que este propietario succionaba, era dejado perder en le rió.

El Colegiado de **Lyon** resolvió en razón de haber abusado de una cosa con el ánimo de causar un perjuicio, estableciendo que los derechos reales de este propietario encontraban su límite en el derecho del perjudicado a disfrutar también de su propiedad.

El instituto del Abuso del Derecho se perfila así como un reclamo social que consiguió captar la atención de una atenta magistratura francesa que en base a la jurisprudencia y la doctrina supieron corregir un uso anormal del derecho subjetivo entonces.

1.4. El Instituto del Abuso del Derecho en las Legislaciones modernas.

El instituto del Abuso del Derecho fue incorporado a las legislaciones de los diversos países occidentales de manera lenta, en tanto, no siempre fue admitida como conveniente para el sistema económico liberal que en buena medida ha marcado la pauta en el desarrollo histórico de las sociedades modernas. El instituto fue, en principio, recogida como norma meramente declarativa, evidenciando de esta manera el grado de desconfianza que se le tenía. En la actualidad la generalidad de los países han normado este instituto, cuando no en sus constituciones lo han incluido en sus codificaciones de naturaleza civil. Así pues, se consagra normativamente una aspiración social de carácter moral frente a la arbitrariedad nacida del egoísmo de los hombres que caracteriza a la sociedad capitalista.

El instituto del abuso del derecho ha logrado su ubicación y permanencia en el derecho positivo, pese a la indisimulada desconfianza conque ha sido mirada. Los juristas liberales han indicando que las libertades humanas están sustentadas en los textos legales y sólo es la Ley quien puede marcar los límites de la actividad humana, así: *dura lex, sed lex*.[10]

1.5. Derecho Subjetivo y Situación Jurídica Subjetiva.

4.5.1. Derecho Subjetivo

El catedrático Yuri Vega Mere, refiere que en las teorías sobre derecho subjetivo planteadas por Savigny y Windscheid se destacó el elemento voluntad, al afirmar que el derecho subjetivo es – fundamentalmente - el poder de la voluntad, aquel espacio libre donde la voluntad del individuo se muestra soberana; sin embargo, señala que la principal

---

[30]VEGA MERE. Op. cit; p. 21.
[31]FERNANDEZ SESSAREGO. op. cit. pp. 163 a 165
[32]PEYRANO, Jorge. El Abuso del Derecho en el Ámbito del Proceso Civil. Revista Themis. p. 19.
[33]PUIG BRUTAU, José. Introducción al Derecho Civil; t. 424.
[34]LEON BARANDIARAN, José. Curso Elemental de Derecho Civil Peruano. p. 40 y 41.
[35]RUBIO CORREA, Marcial. op cit. p.42 y 45.
[36]FERNANDEZ SESSAREGO. op. cit; pp.28 a 30.
[37]PÉREZ MARTÍNEZ, Ángel. "La idea de Justicia en el Quijote"; Fondo Editorial de la Universidad Sedes Sapientiae y Universidad San Pablo; Lima 2005; 1ª Ed.; p.132; pp11

objeción a estas teorías es de haber destacado los beneficios que brinda el derecho subjetivo, advirtiéndose en la negación de un elemento estructural en su constitución en cuanto el hombre es ser social por naturaleza: el interés social[11], permitiendo - de esta manera – que se haga un uso libérrimo de las prerrogativas dentro de una concepción individualista, sin tener en cuenta el interés comunitario, evidenciando, por tanto, falencias del sistema liberal individualista y haciendo patente la necesidad de rescatar al ser humano en su verdadera dimensión social-comunitaria.

Esta reacción condujo a proponer a inicios del presente siglo la negación del derecho subjetivo que produjo una creciente socialización del derecho, es así que Fernández Sessarego, manifiesta que esto ha permitido referirse al ser humano no sólo como un individuo idéntico a sí mismo; sino además, coexistencial, es decir con vocación y necesidad de realizarse en el seno de la comunidad, es por esto que se refiere al ser humano como una estructura bidimensional: individual y social a la vez en sintonía.

Cuando nos representamos un derecho relacionado a un sujeto, su titular, estamos refiriéndonos al derecho en su sentido subjetivo. Se trata entonces de la facultad o prerrogativa reconocida a una persona, o según la célebre formula de Ihering de “un interés jurídicamente protegido”. Sin duda el sentido objetivo y subjetivo consideran el fenómeno jurídico desde ángulos distintos, pero existe una relación de dependencia, pues un derecho en sentido subjetivo sólo existe cuando el derecho en sentido objetivo lo consagra. El derecho objetivo engendra derechos subjetivos a favor de aquéllos cuyos intereses protege.[12]

“El Derecho Subjetivo según su concepción tradicional se constituye como la facultad, prerrogativa o poder que el ordenamiento jurídico atribuye al sujeto, al cual se le concede como titular de aquel derecho”, así lo precisa el jurista Fernández Sessarego.[13]

José Puig Brutau afirma que: “La concepción del derecho subjetivo como un poder concedido por el ordenamiento jurídico, puede parecer que daba una base normativa a la afirmación de que cuando se usa el derecho no se causa daño a nadie; en cambio, la concepción del mismo como un interés jurídicamente protegido pone más claramente de manifiesto la circunstancia de que el ejercicio de un derecho siempre ha de estar subordinado a la finalidad para la que fue concebido, que es lo que legitima el poder de obrar. Por ello resulta posible que se cometa un abuso bajo la apariencia y la alegación formalmente cierta de que se ejercita un derecho”.[14]

Asumimos que el derecho objetivo está dado por la norma jurídica válida *erga omnes,* en tanto que el derecho subjetivo se dispone como la aplicación de un derecho al caso particular de quien es amparado por la norma positiva, su titular. Sin embargo, el concepto de derecho subjetivo ha sido repensado, por lo que en opinión del profesor Vega Mere devendría en un supra concepto: situación jurídica.

Así el jurista Legaz considera que la situación jurídica está dada por las circunstancias de la existencia jurídica personal, en donde se convierte en potenciales las posibilidades de la vida del sujeto de derecho. Por otro lado la concepción moderna es diferente, como afirma Alpa y Bessone "los derechos que competen a los individuos no son más considerados como absolutos, el Estado penetra en la esfera individual de la persona para regular sus poderes y sus facultades"[15]

1.5.2. Situación Jurídica Subjetiva.

En los últimos tiempos se ha observado en el desarrollo del pensamiento *ius* filosófico un concepto que aparece en el seno de las Ciencias Jurídicas, llamada Situación Jurídica Subjetiva y que ha adquirido una singular importancia para la elaboración dogmática del instituto del abuso del derecho y en opinión del profesor de la Universidad de Lima, Yuri Vega Mere, no es que supere a la noción de derecho subjetivo, sino más bien que la incluye dentro de ella como un concepto continente que la contiene[16]. Este concepto supera las formas de pensamiento basado en el individualismo que conciben al ser humano como un ente al margen de su realidad social, encerrado en sí mismo y como si pudiera prescindir de los demás miembros de la colectividad para poder subsistir y desarrollarse, surge entonces, precisamente sobre la *praxis* del valor humano "solidaridad", pues el hombre tiene una dimensión bidimensional en cuanto ser idéntico a si mismo (Individual) y de naturaleza coexistencial, esto es, que se realiza en el seno de la sociedad[17] como ya lo hemos señalado precedentemente.

La noción que nos brinda la situación jurídica subjetiva es más rica, amplia y permite una mejor comprensión del fenómeno jurídico, sin embargo está íntimamente ligada al concepto de derecho subjetivo, en cuanto se refiere a un plexo de derechos y deberes. El sujeto de derecho en cuanto titular de una prerrogativa, asume no sólo un complejo de facultades o poderes, sino que a raíz de estas facultades el conjunto de la sociedad le impone una responsabilidad de ejercerlos responsablemente con sujeción al interés del conjunto, esto significa que se genera obligaciones o deberes al mismo tiempo, sirviendo de topes o límites al ejercicio de tales derechos en el ámbito de su libertad individual (se trata entonces de ejercer nuestra libertad pero con responsabilidad). Podemos decir en conclusión, que todo derecho subjetivo es en realidad un derecho y un deber al mismo tiempo, estando el derecho en particular en relación a un genérico deber jurídico.

1.5.2.1. Categorías de Situación Jurídica Subjetiva.

Existen dos categorías de situación jurídica subjetiva, las mismas que se detallan a continuación:

a) **Activa**, a las que Fernández Sessarego prefiere denominar **situación jurídica subjetiva de poder**, categoría donde predomina el derecho subjetivo del titular. Es el ámbito de la libre determinación, del individualismo, pero dentro de límites impuestos para la convivencia social, es decir de respeto al prójimo.

b) **Pasiva**, que el antes aludido autor considera más

adecuado llamar **situación jurídica de deber**, pues aquí lo que prima es la carga, obligaciones o deberes que se desprenden de un responsable ejercicio de nuestras prerrogativas.

La relación de estas dos categorías de situación jurídica subjetiva está determinada por la necesidad de realizar la empresa de la civilización como el movimiento armónico de los intereses sociales en un ambiente de paz y convivencia, es por eso que es necesario que frente a condiciones de beneficio o ventaja exista un contrapeso en la responsabilidad del individuo a fin de que se garantice que el uso que se dará a esa prerrogativa no afectará al grupo social.

1.6. Definición del Instituto del Abuso del Derecho.

1.6.1. El Nomen Iuris.

Para Planiol, citado por Borda, quien no admite la noción de abuso de derecho, manifiesta que "la expresión abuso del derecho implica una logomaquia[18] : de un derecho que puede usarse pero no abusar; el derecho cesa donde el abuso comienza, porque abuso e ilicitud deben considerarse sinónimos", en el mismo sentido Borda aclara que "la expresión abuso del derecho no hace sino cubrir la condenación de actos cometidos más allá de los límites del derecho".[19]

No obstante poderosas razones discuten el acierto lógico o gramatical de la expresión "abuso del derecho", éstas tienen fuerza expresiva y es usado de forma definitiva en el léxico jurídico.[20]
Ha sido constante el cuestionamiento a la expresión "abuso del derecho" para denominar a este instituto en cuanto sería contradictoria. La expresión sería incorrecta, pues el derecho termina una vez que empieza el abuso y teniendo en cuenta que no se puede admitir la existencia de un derecho abusivo, pero habría de tener en cuenta que con el pretendido ejercicio de un derecho se comete un exceso que daña a otro y que hay que admitir que los derechos son susceptibles de abuso en vista que entre la licitud y la ilicitud no es posible trazar de antemano los límites de su ejercicio[21], se podría decirse que entre el ejercicio regular de un derecho y el abuso del mismo, existe una "delgada línea" que los divide, dificultando la labor del operador jurídico.

Es preciso concluir que la denominación: abuso del derecho, empleada para designar el fenómeno jurídico que nos ocupa, quizás no es de la más adecuada, en tanto que nos da la idea de que pese a ser un exceso sigue dentro de los parámetros de la licitud; sin embargo, podemos señalar que un acto abusivo es por demás ilícito. En opinión del jurista Fernández Sessarego, sería más correcto referirse a "acto ilícito abusivo". La expresión Abuso del Derecho deviene desde los albores del desarrollo dogmático de este instituto, cuando se consideraba que el abuso de un derecho era sólo un exceso repudiando pero dentro de lo lícito. Ha sido la costumbre, la tradición jurídica y por que no, la

utilidad práctica los factores que han mantenido la expresión.

1.6.2. Teorías Sobre el Abuso del Derecho.

El período de diseño dogmático del instituto del abuso del derecho aún no ha concluido, puesto todavía no ha sido posible arribar a un consenso dentro de las Ciencias Jurídicas en lo que corresponde a su naturaleza, e inclusive aunque en menor medida de los criterios para su determinación. Es en este sentido que desde mediados del siglo XIX se han elaborado teorías desde perspectivas subjetivistas como objetivistas sobre el abuso del derecho, conciliado luego la propuesta ecléctica.[22]

La primera y más sencilla teoría que se fundamentó en torno al abuso del derecho, fue aquélla que la vio como un sinónimo de ilícito civil. En tanto que se ejercitaba un derecho expresamente limitado, prohibida o sancionada por la legislación. Si esto fuera así, en opinión de Marcial Rubio Correa, no sería necesario la existencia de una figura de este tipo, pues bastaría con aplicar la norma pertinente.[23]

Fernández Sessarego manifiesta que a la anterior categoría que trata de reconocer al abuso del derecho dentro de la licitud o ilicitud debe agregarse aquella que ocupa un espacio intermedio entre las conductas lícitas e ilícitas. Una teoría ecléctica sobre la naturaleza del abuso del derecho.

Otro planteamiento teórico sería aquélla que señala que el abuso del derecho consiste en la intención dañosa del actor en el sentido de ejercer un determinado derecho subjetivo con la intención de lesionar los derechos de otro u otros sujetos de derecho. Si esto fuera de esta manera, es decir con la intención de causar un daño a alguien, estaríamos ante un ilícito civil claramente regulado en el instituto de la responsabilidad civil extracontractual.[24]

Una tercera posición sería aquélla que considera como abuso el ejercicio de un derecho que ineludiblemente acarrea un daño a otro; sin embargo esta teoría encontraría su cuestionamiento por el hecho de estar justificado en el artículo 1971, inciso 1 del Código Civil que trata lo referente al ejercicio regular de un derecho.[25]

Además, debemos tener en cuenta que el ejercicio regular de un derecho puede ser consustancial a la producción de un daño a otra persona y no por esta razón constituye un ejercicio abusivo de un derecho, es decir, no siempre el hecho de causar un perjuicio va acarrear un uso anormal del derecho. Un ilícito.[26]

Finalmente, está la teoría que señala que tras un ejercicio de un derecho debe existir un interés señorío y legítimo de parte del agente. Es así que cuando el derecho se ejerce egoístamente prescindiendo de todo interés social se configura el abuso. Por su parte Fernández Sessarego precisa que una corriente de opinión señala que abuso es la trasgresión de un genérico deber jurídico, el mismo que se encuentra anexo al derecho subjetivo o dentro de la situación jurídica subjetiva

de poder o activa y guarda una correspondencia con los principios generales de derecho, como la buena fe, las buenas costumbres y primordialmente inspirado en el valor humano de la solidaridad. La trasgresión del indicado deber jurídico origina un ilícito civil, que el citado autor llama un ilícito *sui generis*.[27]

1.6.3. Concepto de Abuso del Derecho.

En opinión del desaparecido jurista José León Barandiarán, es observable que el artículo II del Título Preliminar del Código Civil se limita a condenar el abuso del derecho, sin que fije una noción informante que la caracterice y esto ayude a su aplicación. Luego es más severo al afirmar que el legislador nacional, ha eludido intencionalmente definir lo que es abuso del derecho o establecer los criterios aprióricos para poder determinarlo[28]. Terrible sería pensar que el legislador peruano sólo lo incorporó con un criterio imitativo o dejándose llevar por el novismo internacional, sin tener un criterio claro de lo que esta figura significaba o por otro lado como señala el mismo jurista León Barandiarán se trataría de una noción lábil y plástica que corresponde a la doctrina o a la jurisprudencia el determinar su noción y las características que lo diferencian de alguna otra institución jurídica.

Rubio Correa practica un ensayo sobre la definición del abuso del derecho y plantea que este abuso consistiría en un acto en principio lícito pero que por una laguna específica del derecho es tratado como no lícito al atentar contra la armonía de la vida social, que tal categoría no recaería sobre la figura de la responsabilidad civil o de otra norma similar y será el Juez quien esta llamado a hacer la calificación aplicando los métodos de la integración jurídica[29]. Es pues el ejercicio regular de un derecho subjetivo en principio, pero que en el transcurso de la ejecución de dicho derecho el acto se vuelve ilícito o se tuerce al dañar a otra persona.

El profesor Yuri Vera Mere, hace referencia a que en 1906, Marc Desserteaux, advirtió que tal como se había venido estudiando la figura del abuso del derecho, ésta se revelaba como una colisión de derechos o mejor dicho un conflicto de prerrogativas, el citado autor señala que el fenómeno del abuso del derecho se presentaba cuando en el ejercicio de un derecho se lesionaba otra prerrogativa. Por otro lado, Vega Mere señala que esta noción se prestó a confusiones. Afirma que los datos que caracterizan al abuso del derecho, se presentan cuando en el ejercicio de un derecho subjetivo se lesiona un interés no tutelado por una norma jurídica especifica. Distinto es plantear un conflicto de derechos ya que aquí se produce una lesión de un derecho y en el caso del abuso de derecho se lesiona un interés no tutelado.[30]

Después de un largo periplo, por los enmarañados territorios de la situación jurídica subjetiva y del abuso del derecho, el profesor Fernández Sessarego concluye en que el fenómeno jurídico conocido como abuso del derecho, consiste en una conducta que sustentándose en un derecho subjetivo, se convierte en antisocial al transgredir en su

ejercicio o en la omisión, un genérico deber jurídico fundamentado en el valor Solidaridad. Esto origina un acto ilícito *sui generis* que no es materia de la responsabilidad civil.[31]

El citado jurista nacional, señala que la ubicación del abuso del derecho está en una baga franja que limita lo lícito de lo ilícito y es aquí donde la moral social deberá aportar un criterio básico. El derecho subjetivo tiene un genérico límite impuesto por el ordenamiento jurídico, en atención al derecho de los otros, así como para el saludable y armónico desarrollo de las relaciones humanas en el seno de la sociedad.

1.7. El Abuso del Derecho y la Función Jurisdiccional.

> ***"La vigencia del principio del abuso del derecho radica fundamentalmente en la correcta interpretación que de él efectúe la jurisprudencia".***
>
> ***Carlos Fernández Sessarego.***

La revista Themis publicó hace ya varios años, no pudiendo precisar el número, edición o fecha, sin embargo lo recuerdo muy bien, un artículo muy interesante de autoría del jurista argentino Jorge Peyrano titulado: "El Abuso del Derecho en el Ámbito del Proceso Civil", en la que el autor aborda el tema de esta institución y busca trasladar la doctrina del abuso del derecho al proceso civil y brinda pautas de singular importancia para su aplicación por los magistrados. Este autor señala pues que este instituto jurídico es operativo en materia procesal y que hoy es innegable el imperio del principio de moralidad en el proceso civil. Señalaba así mismo, que el legislador al referirse a los deberes procesales de obrar con lealtad, probidad y buena fe no hace otra cosa que materializar el referido principio de moralidad. También es necesario precisar que las normas que consagran dichos deberes son reveladoras de que se esta reconociendo en la función de la magistratura el poder-deber de prevenir y sancionar los actos abusivos perpetrados dentro del debate judicial.[32]

Puig Brutau señala que "los tribunales, a medida que se presentan nuevas situaciones y problemas han de crear forzosamente nuevo derecho, o han de modificar las viejas normas a base de ampliarlas o restringirlas. Jueces y juristas son los órganos auténticamente vivos de la sociedad que diariamente pueden dar nueva formulación al derecho en armonía con las necesidades del instante".[33]

Por su lado el profesor Vega Mere, manifiesta que el abuso debe apreciarse objetivamente y es el juez quien debe indagar el acatamiento o no de los deberes que corresponden al titular de los derechos. En este sentido los jueces pueden declarar nuevos derechos que se sustentan en la dignidad de la persona. Es así que la jurisprudencia tendrá a su cargo una cardinal función, la cual es la de proteger y declarar derechos subjetivos nuevos.

León Barandiarán indica, que corresponde al juez calificar cuándo se produce un abuso del derecho.[34]

Rubio Correa señala que tal calificación no proviene ni de la aplicación de la norma sobre responsabilidad civil ni de otras normas expresas restrictivas de la libertad, sino que se realiza por el juez aplicando los métodos de integración jurídica, siendo los tribunales quienes deben restringir o prohibir esa particular manera de ejercitar el derecho.[35]

Guillermo Borda manifiesta que "los jueces no pueden proceder arbitrariamente; están unidos por la disciplina del cuerpo y por la jerarquía de su organización. Y cuando los tribunales superiores niegan licitud a la conducta de una persona que ha ejercido un derecho reconocido por la ley, declarando que ha habido abuso, será porque su dignidad de magistrados y su sentido moral les impone necesariamente esa solución". De esta manera siendo el abuso un ejercicio anormal, intrínsicamente injusto del derecho, le corresponde al juez actuar con suma discreción, pero con firmeza.

El jurista Fernández Sessarego es de la opinión de que "El papel de los jueces es determinante en los países en los cuales el abuso del derecho no ha logrado aún convertirse en una específica cláusula del derecho positivo. "... La función del Juez es la de mayor importancia, tratándose del abuso del derecho desde que, a su intuición axiológica, a su sensibilidad valorativa deberá agregar una especial capacidad de análisis de las circunstancias del caso". El juez entonces, deberá apreciar de manera objetiva si el titular de una prerrogativa ha ejercido su derecho contrariando la finalidad socioeconómica del mismo derecho. Es así que, como dice Warat citado por Fernández Sessarego: "se le otorga al juzgador el respaldo legal necesario para desarrollar plenamente la parte intuitiva del acto de decisión".[36]

Siendo el Juez el llamado a realizar la Justicia en nuestras comunidades, resulta oportuno citar a Aristóteles quién en *"Ética a Nicómaco"* plantea que la Justicia *"es la virtud en el mas cabal sentido, por que es la practica de la virtud perfecta, y es perfecta, porque el que la posee puede hacer uso de la virtud con los otros y no sólo consigo mismo"*[37]. En tal sentido y pese a ser un noción ideal de Justicia, queda delineada no sólo la importancia del rol del Juez, sino también la nobleza de su función que lleva a plantear que un magistrado además de conocimiento profundo sobre Derecho debe poseer sensibilidad y valores, no para deshacerse ante la tragedia que se le presente ante su autoridad o ante las lágrimas que como el cielo serrano nos puede engañar y confundir, sino que, siendo simplemente justo e imparcial resuelva sus causas apartando de la sustanciación de los procesos cualquier amenaza al ejercicio adecuado del Derecho.

La obra *"El Mercader de Venecia"* representa un claro ejemplo de ejercicio abusivo de un derecho, donde destaca la oportuna y eficaz labor del Juez evitando la consumación de una atrocidad irreparable, sólo para satisfacer el fin egoísta y mezquino que buscaba un usurero.

¿PODER IRREVOCABLE O CONTRATO DE MANDATO?

Por: **HAROLD ORTIZ CARRASCO**
Relator de la Sala Constitucional

El artículo 153º del Código Civil señala que cuando el poder ha sido otorgado para un acto especial, éste es irrevocable durante el término de un año, esto es, que el poderdante no puede dejar sin efecto el encargo otorgado a su representante durante dicho plazo; sin embargo, cabe preguntarse: ¿Esta disposición no desnaturaliza la institución jurídica de la representación?, que es por esencia un acto jurídico unilateral, y como tal al representado debe asistirle el derecho de revocarla o dejarla sin efecto en cualquier momento. El plazo de irrevocabilidad del poder durante un año no resulta razonable cuando éste ha sido otorgado para la celebración de un acto especial en razón que la irrevocabilidad podría: 1) dar lugar a prácticas abusivas en el ejercicio del poder irrevocable por parte del representante; 2) causar daños en el patrimonio del representado e incluso propiciar la comisión de ilícitos penales. Para describir la situación actual y verificar cómo viene tratando el tema la legislación registral cuando se presentan esta clase de conflictos de intereses, transcribimos la parte pertinente de la Resolución Nº 573-2004-SUNARP-TR-L, que textualmente dispone: *"(…) se aprecia que el poder otorgado mediante escritura pública del 23/09/2003 es uno de carácter irrevocable al amparo del artículo 153º del Código Civil y habiéndose establecido en el mismo el plazo de un año contado a partir de la fecha de la escritura, esto es, el 23 de setiembre del 2003, no podría por voluntad de los otorgantes ser revocada en fecha anterior al cumplimiento de dicho plazo".* Como se observa la única solución frente a dicha situación consiste únicamente en esperar que venza el plazo de la irrevocabilidad del poder. Esto es, que, en la práctica, el poder irrevocable cuando es otorgado para un acto especial se desenvuelve más como un contrato de mandato – acto jurídico bilateral – que como un acto unilateral.

Esta situación genera que los operadores del derecho al aplicar las normas objetivas en la solución de conflictos jurídicos derivados de la irrevocabilidad del poder se encuentran en el sistema jurídico con contradicciones, más aún si en el derecho contractual – sobre el cual básicamente tiene aplicación la irrevocabilidad del poder - rige el principio según el cual los contratos no son el *nomen juris* que las partes contratantes le otorgan al acto sino la relación jurídica que en esencia regulan, resultando necesario esclarecer los conceptos, así como ubicar las normas en las instituciones jurídicas que corresponden, incidiendo en la solución del problema o en la toma de decisiones. A manera de ejemplo, podría ocurrir en la realidad la siguiente situación fáctica: (i) El señor A es propietario de un edificio que cuenta con ascensor, servicio de ascensorista y guardianía, cuyo negocio consiste en alquilar oficinas.

Por razones de salud debe viajar al extranjero, ausentándose del país por el plazo de un año, otorgando poder irrevocable a favor del señor B para el siguiente acto especial: Suscribir contrato de arrendamiento como arrendatario y encargarse de la administración de las oficinas alquiladas, facultándolo a cobrar los arriendos, efectuar reparaciones necesarias a fin que se encuentren en posición de servir al arrendatario y pagar los servicios de guardianía, consumo de energía eléctrica por ascensor y ascensorista; (ii) El representado a los tres meses de conferido el poder irrevocable toma conocimiento que su representante está desarrollando una pésima administración - no efectúo reparaciones necesarias en las oficinas, los servicios de guardianía, ascensor y ascensorista no son prestados por falta de pago - originando que algunos de los arrendatarios hagan uso de la cláusula resolutoria, solicitando la devolución de los arriendos cancelados en forma adelantada, lo cual obviamente causa perjuicio en el patrimonio del representado. Frente a dicha situación, el artículo 153 del Código Civil no contiene ninguna solución inmediata, por el contrario, legitimaría el actuar negligente del

representante, en razón que el representado tiene necesariamente que esperar que venza el plazo de irrevocabilidad del poder.

Ahora bien, si la irrevocabilidad del poder - por disposición de la ley - contiene una condición resolutoria (el plazo del poder irrevocable no puede ser mayor de un año), ¿podría una norma de carácter procesal como la medida cautelar de abuso de derecho prevista en el artículo 685 del Código Procesal Civil evitar la consumación del perjuicio irreparable para el representado?.

Desde mi punto de vista considero que sí pero ello implica desconocer una norma sustantiva, que ocasionaría un conflicto entre normas que, podría evitarse si a la irrevocabilidad del poder cuando ha sido otorgado para un acto especial se le asignara su verdadera naturaleza jurídica de contrato de mandato y fuera situado sistemáticamente en el Libro Las Fuentes de las Obligaciones. En todo caso, corresponderá a los órganos jurisdiccionales resolver los conflictos de intereses y desarrollar una teoría específica respecto del ejercicio abusivo del derecho en el poder irrevocable. Resulta obvio que un propietario diligente se inclinaría más por celebrar un contrato de mandato, institución jurídica que le ofrece mayores garantías y se encuentra ampliamente legislada en el Código Civil – artículos 1790 al 1813 -, señalándose adecuadamente los derechos y obligaciones del mandante como del mandatario. Sin embargo, cabe preguntarse ¿Por qué el Código Civil sitúa al poder irrevocable – cuando es otorgado para un acto especial – dentro de la clasificación de los actos jurídicos unilaterales cuando su contenido parece más un contrato de mandato?. Tal vez, dicha inconsistencia se deba a un error de sistemática en la ubicación de las normas, error que los legisladores deberían corregir para evitar la confusión entre las instituciones jurídicas: poder irrevocable cuando ha sido otorgado para un acto especial y el contrato de mandato.

EL PRINCIPIO DE PRIMACÍA DE LA REALIDAD

Por: ESMERALDA GUISSELA CARLOS PERALTA
Relatora de la Sala Constitucional

> La esencia de la verdad no cabe alterarla con una falsa demostración"
>
> **Código de Justiniano**

En un proceso existen dos versiones respecto a los hechos que originan el conflicto. A través de los medios probatorios las partes buscan demostrar al Juez su versión, aunque algunas veces no se ajustan a la realidad. Aquí estamos ante la verdad formal. Y cuando hay una coincidencia entre la realidad y lo que se logra probar se da la verdad real. Por ello, el ideal de una correcta administración de justicia es que la sentencia se base en la verdad real.

En el proceso laboral, el Juez va más allá, y no solamente busca lo que las partes desearon sino cómo se comportó la realidad. Es frecuente, por ejemplo, que dos personas celebren un contrato de locación de servicios; pero aunque esa hubiera sido la voluntad de los contratantes, al juez laboral, antes que eso le interesará averiguar cómo se desarrolló la prestación de servicios, y de esa manera descartar o aceptar la existencia de un contrato de trabajo.

Ello se logra, en aplicación del principio de primacía de la realidad, que ha sido universalmente admitido como base fundamental del Derecho del Trabajo.

Se llama principio de la primacía de la realidad al principio que dicta que, para la interpretación de las relaciones entre empleadores y trabajadores, se debe tomar en cuenta lo que verdaderamente sucede en la realidad y no solamente lo que las partes han contratado formalmente. Se convierte así en una de las herramientas más relevantes del Derecho del Trabajo, con enorme arraigo en la doctrina, jurisprudencia y legislación comparada.

Este principio hace prevalecer, en caso de discordancia, lo fáctico, es decir lo que realmente ocurre sobre lo establecido en documentos o que ha sido asentado de alguna manera.

El Maestro Américo Pla Rodríguez, en su obra Los Principios del Derecho de Trabajo, lo define del modo siguiente: *"El principio de la primacía de la realidad significa que en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos o acuerdos, debe darse preferencia a lo primero, es decir a lo que sucede en el terreno de los hechos".*

Afirma también que, el desajuste entre lo que ocurre en la práctica y lo que se produce en los hechos, puede tener distintas procedencias. Tales como:

- Resultar de una intención deliberada de fingir o simular una situación jurídica distinta de la real. Este es el principal supuesto que se aprecia en la realidad.
- Provenir de un error. Este generalmente es en la calificación del trabajador
- Derivar de una falta de actualización de los datos.
- Originarse de la falta de cumplimiento de requisitos formales

Con la aplicación de este principio se busca develar verdaderas relaciones de trabajo ocultas bajo contratos de naturaleza civil, tales como el contrato de locación de servicios. Es decir con este principio se busca determinar la existencia o no de una relación laboral. Y es que, bajo este principio no importa la autonomía de la voluntad sino la demostración de la realidad que reina sobre la relación entre trabajador y empleador.

Así, ambos pueden contratar una cosa pero si la realidad es otra, es esta última la que tiene efectos jurídicos.

La idea de este principio nace en la búsqueda para distinguir los contratos de derecho civil y el contrato de trabajo, ya que en los primeros prevalece el acuerdo de voluntades mientras que en el segundo, se completa a través de la ejecución

El Principio de Primacía de la Realidad en las sentencias del Tribunal Constitucional

La mayoría de personas contratadas bajo un contrato de locación de servicios recurren a la vía del amparo, que si bien no cuenta con una etapa probatoria, sin embargo de acuerdo a las pruebas que se aporten en el proceso, puede declararse fundada su demanda en base al principio de primacía de la realidad. Es frecuente que esta acción se interponga con la finalidad de buscar la reposición en el centro laboral del cual el trabajador fue despedido por su empleador, quien alega casi siempre conclusión del proceso, no obstante que ha simulado u ocultado un verdadero contrato de trabajo.

Al respecto, previamente debemos definir lo que es el contrato de trabajo. El contrato de trabajo se configura cuando se presentan tres elementos esenciales: prestación personal, remuneración y subordinación. En primer lugar, el trabajador se obliga a poner a disposición del empleador su actividad laborativa, la cual es inseparable de su personalidad. Es decir la prestación de servicios que fluye de un contrato de trabajo es personal “intuito personae”, directa y no puede ser delegada a un tercero. Por otro lado, la prestación de servicios debe ser remunerada. La remuneración es la obligación del empleador de pagar al trabajador una contraprestación, generalmente en dinero. Finalmente, la subordinación que es el elemento determinante para establecer la existencia de un vínculo laboral, ya que éste es el matiz distintivo entre un contrato de trabajo y uno de locación de servicios. La subordinación implica la presencia de las facultades de directriz, fiscalizadora y disciplinaria que tiene el empleador frente a un trabajador.

Ahora bien, el Tribunal Constitucional ha emitido diversas sentencias en las que establece claramente los criterios de valoración para determinar cuando nos encontramos o no ante una relación laboral, referido básicamente al análisis del contrato de locación de servicios. Tales criterios son:

a) Tipo de labores realizadas.- Las labores realizadas en el contrato de locación de servicios deben responder a una naturaleza tal que no implique un poder de dirección del comitente que suponga una supeditación de las actividades del locador. Por su carácter personalísimo, se debe excluir los cargos que son característicos de los llamados de dirección o de confianza.

b) La prestación debe ser ejecutada en forma eventual y no exclusiva.- Los contratos deben ser temporales, es decir permiten cubrir necesidades eventuales o accidentales. Por ello, la continua renovación implica una actividad reiterada y permanente.

c) Exclusividad de la labor.- En los contratos de locación de servicios, los servicios suelen ser para diversas empresas; en cambio, en los contratos laborales, hay exclusividad.

d) Ejecución de servicios.- Debe realizarse en forma autónoma e independiente.

Es en base a estos criterios que el juzgador debe valorar adecuadamente las pruebas, caso por caso, a la luz del principio de primacía de la realidad; ya que sólo de esta manera los derechos de los trabajadores alcanzarán verdadera protección.

EL MINISTERIO PÚBLICO Y LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN INMEDIATA

CECILIA MERCEDES SÁNCHEZ GARCÍA
Secretaria Judicial del Tercer Juzgado de Familia

La Ley de Protección frente a la Violencia Familiar- Ley Número 26260-, en su Capítulo Segundo de la Intervención del Ministerio Público, regula en su artículo 10° "Medidas de Protección Inmediata", la cual prevé que recibida la petición o apreciada de oficio los hechos, el Fiscal dictará bajo responsabilidad las medidas de protección inmediata que la situación exija.

Las Medidas de Protección Inmediata que se adopten a solicitud de la víctima, o por orden del fiscal incluyen, sin que la enumeración sea limitativa, el retiro del agresor del domicilio, impedimento de acoso a la víctima, suspensión temporal de visitas, inventarios sobre los bienes y otras medidas de protección que garanticen su integridad física y moral.

El Fiscal de Familia debe poner en conocimiento del Juez de Familia las medidas de Protección adoptadas, en caso de formalizar demanda.

La Constitución Política del Perú, en su artículo 138, prevé que la potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial, a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las Leyes. Si esto es así, en todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera, igualmente prefieren la norma legal sobre toda otra de rango inferior.

Que aún cuando no se expresen en el artículo 10 de la Ley de Protección contra la Violencia Familiar, se entiende que las decisiones como las medidas de protección que no son de orden jurisdiccional, otorgan al Fiscal una "Capacidad Jurisdiccional", con poder de decisión y capacidad de ejecutar dicha decisión. El Ministerio Público podrá evaluar los hechos y decidir respecto de los mismos, lo cual nos lleva a preguntarnos si podrá ser autónomo y equitativo ante esta Capacidad Jurisdiccional otorgada.

Recordemos que según la Constitución Política del Perú, en el artículo antes citado prevé que la potestad de administrar justicia sólo es del Poder Judicial. Ello nos llevar a analizar si el Fiscal tiene la potestad ilimitada de dictar Medidas de Protección inmediata y si podría esto contravenir alguna otra decisión judicial; por ejemplo, ante la salida del hogar de uno de los integrantes de la familia, la llamada "salida temporal del agresor", luego de dicha decisión el perjudicado debería poder recurrir ante la misma instancia (Fiscalía); sin embargo deberá esperar que el Poder Judicial "confirme dicha medida de protección", violándose con esto el Principio Contradictorio y el Debido Proceso. Ahora bien, como toda medida cautelar de Orden Jurisdiccional otorgada por el Poder Judicial debe ser ejecutada, para poder así apelarla, no ante el órgano que la dictó (Fiscalía) sino ante el Poder Judicial, se concluye entonces que no existe equilibrio sobre este tema, si no la duda constante de que la aplicación del artículo diez de la Ley de Protección ante la Violencia Familiar es constitucional o no.