



IUS ET
TRIBUNALIS

Cuadernos Jurídicos

Año 4, n.º 4 | enero-diciembre 2018

ISSN impreso 2518-4067 | ISSN en línea 2519-0660



IUS ET
TRIBUNALIS

Cuadernos Jurídicos

Año 4, n.º 4 | enero-diciembre 2018
ISSN impreso 2518-4067 | ISSN en línea 2519-0660

Ius et Tribunalis
Cuadernos Jurídicos
Año 4, n.º 4 | enero-diciembre 2018
ISSN impreso 2518-4067 | ISSN en línea 2519-0660

Consejo Editorial

Director general

Halley Lopez Zaldívar (Universidad Continental)

Editor responsable

Tony Víngolo Osorio (Universidad Continental)

Integrantes

Omar Sumaria Benavente (Pontificia Universidad Católica del Perú)

Hugo Sologuren Calmet Ponte (Pontificia Universidad Católica del Perú)

Paolo del Águila Ruiz de Somocurcio (Pontificia Universidad Católica del Perú)

Julio Salomé Castro (Universidad San Martín de Porres)

Comité consultivo

Renzo Cavani Brain (Pontificia Universidad Católica del Perú)

Luis Alfaro Valverde (Pontificia Universidad Católica del Perú)

Juan Manuel Sosa Sacio (Universidad Nacional Mayor de San Marcos)

Roberto González Álvarez (Universidad Andina del Cusco)

Huancayo - Perú, diciembre 2018

Tiraje: 500 ejemplares

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú n.º 2016-13514

Registro de Proyecto Editorial n.º 31201011900360

Disponible a texto completo en <http://journals.continental.edu.pe/>

Cuidado de edición

Jullisa del Pilar Falla Aguirre, Fondo Editorial

Diseño de cubierta y diagramación

Yesenia Mandujano Gonzales, Fondo Editorial

Traducción

Giuliana Siuice Simeón

Impresión

xx

xx

Impreso en Perú / *Printed in Peru*

Contenido/Content

Editorial

Editorial

Halley Lopez Zaldívar

7

¿Se puede declarar la nulidad de todo lo actuado en un proceso civil, en la fase de ejecución de sentencia, al interior del propio proceso viciado, sin necesidad de recurrir al proceso de amparo? ¿Cuándo la cosa juzgada se obtuvo con indefensión de una de las partes?

Can you declare the nullity of everything that was done in a civil process, in the sentence-enforcement phase, inside the own flawed process, without need to recurrence to amparo proceedings? when is res judicata obtained with indefension from one of the parties?

Roger Reynaldo Casafranca García

11

Medios de prueba en el proceso civil español justificados en presunciones: la prueba indiciaria, circunstancial o indirecta

Evidence in the spanish civil process justified in assumptions: the indiciary, circumstantial or indirect evidence

Antonio María Lorca Navarrete

33

Un breve estudio sobre la cuestión de la reducción de la mayoría penal en el sistema jurídico brasileño

A brief study on the matter of the reduction of the age of criminal responsibility in the brazilian legal system

Rocco Antonio Rangel Rosso Nelson

41

| | |
|--|-----|
| <p>La lucha contra el lavado de activos: ¿estamos avanzando o retrocediendo? ¿Realmente «nuestras autoridades están luchando contra la criminalidad»? ¿Qué falta?</p> <p>The fight against money laundering: are we moving forward or backward? Are «our authorities really fighting against crime»? What are we missing?</p> <p>Shirley Muñico Patilla, Queni Rebatta Chirre, Pool Orihuela Quispe, Andrea Cornelio Montero</p> | 69 |
| <p>Breve análisis del delito de tráfico de drogas en la legislación peruana?</p> <p>Brief analysis of drug trafficking crime in peruvian legislation</p> <p>Meliza Espinoza Hilario, Abel Salinas Egoavil, Milena Santos Sánchez, Anthony Villegas Porras</p> | 89 |
| <p>Implicancias de la revisión del expediente técnico de obra contemplado en el Decreto Supremo n.º 344-2018-Ef, reglamento de la Ley N.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado</p> <p>Implications of the technical work file revision contemplated in supreme decree no. 344-2018-Ef, law regulation no. 30225, State contracting law</p> <p>Hugo Sologuren Calmet</p> | 109 |
| <p>Las cláusulas patológicas en los convenios arbitrales</p> <p>The pathological clauses in the arbitral agreements</p> <p>Adamary Gabriel Tomas, Milena Santos Sánchez, Anthony Villegas Porras</p> | 123 |
| <p><i>Legal tech</i> y el Estado peruano</p> <p>Legal tech and the peruvian state</p> <p>Fernando Martín Robles Sotomayor</p> | 137 |
| <p>Requisitos y condiciones de redacción, y envío de artículo jurídico</p> | 145 |

Editorial

doi: <http://dx.doi.org/10.18259/xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx>

Cuadernos Jurídicos Ius et tribunalis de la Facultad de Derecho de la Universidad Continental siempre ha tenido por objeto la publicación de diversos ensayos en las distintas disciplinas del derecho. Tal es así que en la presente edición se cuenta con trabajos dedicados al derecho procesal general, derecho procesal civil, derecho procesal penal, derecho penal, derecho de la construcción y la contratación estatal, así como el derecho arbitral y la aplicación de tecnologías a la efectivización de los derechos (*legal tech*).

De esta forma el lector tendrá a su consideración una diversa gama de estudios que dan cuenta del comportamiento de las distintas categorías jurídicas, así como su impacto en la sociedad, sin dejar de lado a las soluciones que los autores proponen para la mejora de las instituciones que han sido objeto de análisis.

Por ello, nos complace presentar este nuevo número, convencidos del provecho que generará a los diversos integrantes de la comunidad jurídica, así como de la comunidad en general.

Editorial

<http://dx.doi.org/10.18259/iet.2018001>

Cuadernos Jurídicos Ius et tribunalis of the Faculty of Law of the Universidad Continental have always had the goal of publishing various essays within the different disciplines of law. Therefore, in the aforementioned edition there are works dedicated to general procedural law, civil procedural law, criminal procedural law, criminal law, construction law and state contracting, as well as arbitration law and the application of technologies to the realization of rights (*legal tech*).

Thus, the reader will have into account a diverse range of studies that consider the behavior of the different legal categories, as well as their impact on society, without neglecting the solutions that the authors propose for the improvement of institutions that have been analyzed.

Thereupon, we are pleased to present this new issue, convinced of the benefit it will generate for the various members of the legal community, as well as the general community.

¿SE PUEDE DECLARAR LA NULIDAD DE TODO LO ACTUADO EN UN PROCESO CIVIL, EN LA FASE DE EJECUCIÓN DE SENTENCIA, AL INTERIOR DEL PROPIO PROCESO VICIADO, SIN NECESIDAD DE RECURRIR AL PROCESO DE AMPARO? ¿CUÁNDO LA COSA JUZGADA SE OBTUVO CON INDEFENSIÓN DE UNA DE LAS PARTES?

CAN YOU DECLARE THE NULLITY OF EVERYTHING THAT WAS DONE IN A CIVIL PROCESS, IN THE SENTENCE-ENFORCEMENT PHASE, INSIDE THE OWN FLAWED PROCESS, WITHOUT NEED TO RECURRENCE TO AMPARO PROCEEDINGS? WHEN IS RES JUDICATA OBTAINED WITH INDEFENSIÓN FROM ONE OF THE PARTIES?

*Roger Reynaldo Casafranca García**
Pontificia Universidad Católica del Perú

Recepción: 10/10/2018

Aceptación: 20/12/2018

Resumen

En el artículo se desarrolla la tesis de que un juez puede declarar la nulidad de todo lo actuado desde el momento de notificar la demanda, aun en la fase de ejecución de una sentencia, si es que se acredita que esta decisión, con la supuesta calidad cosa juzgada, se obtuvo con afectación del derecho de defensa de la parte demandada.

Palabras clave: Nulidad procesal; ejecución de sentencia; proceso de amparo; derecho de defensa.

Abstract

The article sets the thesis that a judge can declare the nullity of everything that was done, from the moment of notifying the demand, even in the phase of the sentence-enforcement, if it is proved that this decision, with the supposed quality of res judicata, was obtained with affectation to the defendant's right of defense.

Keywords: Procedural nullity; sentence-enforcement; amparo proceedings; right of defense.

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, egresado de la Maestría en Derecho Civil por la misma casa de estudios. Egresado del Doctorado en Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Asesor de la Alta Dirección en la Junta Nacional de Justicia. Docente de la Academia de la Magistratura en los cursos de Argumentación Jurídica, Derecho Probatorio y Derecho Civil. Consultor en temas de su especialidad. Árbitro en procesos *ad hoc* e institucionales.

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA MEDIANTE LA RESEÑA DE UN CASO REAL

Para analizar el problema sugerido en el título del presente artículo, reseñaré un caso de la vida real, pero preservando la confidencialidad de los datos de identificación esenciales de las partes del proceso, así como el de los órganos jurisdiccionales involucrados. Narraré la secuencia de hechos en orden cronológico. Se trata de una situación que suele reproducirse a nivel nacional, desde hace décadas, en diversos tipos de procesos, revelando una mala práctica procesal, respecto de la cual esperamos poder contribuir tanto a su destierro como a su cabal tratamiento.

Los hechos centrales del caso son los siguientes:

- a. Juan y María sostuvieron una relación convivencial, fruto de la cual tuvieron un hijo. Al separarse, el menor quedó en poder de María, en la provincia de Lima; mientras que Juan regresó a radicar a la provincia X, a casa de sus padres.
- b. Juan no cumplía con regularidad su deber alimentario. Para tratar de evadirlo en forma permanente, aprovechando que todo un fin de semana tuvo de visita a su hijo en la provincia donde radicaba, decidió quedarse con él, en forma definitiva, negándose a devolvérselo a María, cuando ella viajó a recogerlo.
- c. Ante ello, para recuperar la custodia de su menor hijo, María formuló contra Juan, en la provincia X, tanto una denuncia por sustracción de menor como una demanda de tenencia y custodia.
- d. Tanto en la denuncia como en la demanda, María consignó como su domicilio real uno distinto al consignado en su documento nacional de identidad (DNI), pues este último pertenecía a un familiar y solo vivió allí hasta poco después de alcanzar la mayoría de edad.
- e. Incluso en el proceso de tenencia y custodia, su domicilio real, allí consignado, fue materia de una visita social, para ver si se trataba de un lugar apropiado, para albergar a su menor hijo. Toda esta información era de perfecto y total conocimiento de Juan, porque así obraba en el expediente del cual era también parte.
- f. Por desafortunadas situaciones personales y económicas, luego de infructuosos intentos por recuperar la tenencia y custodia de su hijo,

al verse imposibilitada de seguir litigando fuera de Lima, María se vio obligada a arribar a un acuerdo con Juan, según el cual éste conservaría la tenencia del menor, pero otorgándole a María un régimen de visitas, que incluía la obligación de Juan de traer al niño periódicamente a Lima para que María lo pueda ver.

- g.** Transcurrieron varios años, en los cuáles Juan y sus padres ponían diversas trabas para que María pudiese tener contacto con su hijo, tratando de generar distancia física y emocional entre ellos.
- h.** Varios años después, un inquilino del inmueble que aun figuraba como domicilio de María en su DNI avisó al propietario del mismo (que era familiar de María) que había encontrado bajo la puerta una notificación de un Juzgado Penal de la provincia X, en la cual se citaba a María a una audiencia de incoación de proceso inmediato por el delito de omisión de asistencia familiar. Este inquilino manifestó que nunca antes había recibido alguna otra notificación, de ninguna naturaleza, dirigida a María.
- i.** Ante esta noticia, María viajó de inmediato a la provincia X, acompañada de un abogado, para averiguar qué había ocurrido. Allí confirmó la existencia de un proceso de alimentos y constató, además, que todas las notificaciones emitidas para ella habían sido supuestamente dejadas bajo la puerta del domicilio consignado en su DNI, al igual que todas las actuaciones del Ministerio Público, anteriores a la única notificación que realmente llegó a conocer: la de la citación a la audiencia de incoación de proceso inmediato, antes mencionada.
- j.** En cuanto a la audiencia de incoación de proceso inmediato, el juez penal decidió archivar los actuados, ante la evidencia de que se había vulnerado el derecho de defensa, pues María le presentó copia de todos los actuados pertinentes de su antigua denuncia de sustracción de menor y de su anterior proceso de tenencia y custodia, donde constaba que ella siempre consignó un domicilio real distinto al que figuraba en su DNI, y donde incluso se llevó a cabo una visita social para ver si se trataba de un lugar adecuado para que viva el menor, como ya se indicó anteriormente. Todos estos datos y actuaciones procesales obraban en los mencionados expedientes fiscal y judicial, respectivamente, y eran de pleno conocimiento de Juan.

- k.** En sede civil, María no corrió la misma suerte. En efecto, ni bien se enteró de la existencia de este proceso de alimentos seguido a sus espaldas, que ya se encontraba en la fase de ejecución de una sentencia (de la cual sólo se enteró indirectamente, gracias a la notificación del juzgado penal), la defensa de María solicitó que se declare la nulidad de todo lo actuado, hasta la fase previa a la notificación de la demanda de alimentos, por afectación de sus derechos a la defensa, debido proceso y tutela jurisdiccional efectiva.
- l.** María acreditó, al presentar dicho pedido de nulidad, que Juan siempre supo que María ya no vivía, desde hacía muchos años atrás, en el domicilio registrado en su DNI, además que él conocía perfectamente cuál era su domicilio real, debido a los datos proporcionados por ella en los procesos de sustracción de menor y de tenencia y custodia, anteriormente mencionados, actuados que incluso fueron presentados en copia certificada tanto al juzgado de paz letrado que conoció del caso de alimentos (donde se venía tramitando la ejecución de la sentencia), como ante el juzgado penal que archivó el pedido de incoación de proceso inmediato contra ella.
- m.** Pese a lo expuesto y acreditado por María, el juzgado de paz letrado declaró improcedente su pedido de nulidad, sin realizar el menor análisis de las pruebas de su indefensión provocada por el propio demandante, limitándose a afirmar que ya no procedía declarar la nulidad en la fase de ejecución de sentencia, invocando el principio constitucional de que nadie puede dejar sin efecto resoluciones con la calidad de cosa juzgada. Ante ello, María interpuso un recurso de apelación contra dicho auto de improcedencia, el que fue concedido sin efectos suspensivos.
- n.** Lamentablemente para María, su historia no mejoró ante el juzgado civil de la provincia X, que conoció en segunda y definitiva instancia de este recurso impugnatorio. En una resolución muy escueta, emitida además sin conceder el uso de la palabra a la defensa de María (pese a la gravedad y claridad de los argumentos y evidencia presentados), el juzgado civil confirmó el autoimpugnado con dos argumentos, que reproducimos textualmente:

SEXTO.- Estando a lo expuesto, se tiene que el presente proceso se encuentra en etapa de ejecución de sentencia, y el pedido de nulidad en el caso de autos tal como lo señala el artículo 176 del Código Procesal Civil se formula en la primera oportunidad que el perjudicado tuviera para hacerlo, antes de la sentencia, y sentenciado el proceso en primera instancia, sólo puede ser alegada expresamente en el escrito sustentatorio del recurso de apelación; por lo que analizando lo expuesto al caso de autos, la demandada formula su pedido de nulidad cuando el proceso se encuentra en ejecución de sentencia, es decir no lo ha formulado en la oportunidad prevista en la norma procesal citada líneas arriba, en consecuencia su pedido deviene en Improcedente.

SETIMO.- Así mismo debe tenerse presente que la nulidad se sanciona solo por causa establecida en la ley, tal como lo precisa el primer párrafo del artículo 171 del Código Procesal Civil y en el caso de autos la misma norma procesal señala la oportunidad en la que se puede formular la nulidad que es antes de la sentencia y en segunda instancia conjuntamente con el recurso de apelación.

- o. Como se aprecia, la respuesta del juzgado civil de la provincia X, se orientó por una aplicación literal de las normas invocadas, insertando los hechos en las premisas normativas de los artículos 171 y 176 del *CPC*, infiriendo que, como el caso ya estaba sentenciado, María sólo podría haber deducido la nulidad conjuntamente con un recurso de apelación de sentencia y no en la fase de ejecución del fallo. Pero, como se analizará posteriormente, el juzgado omitió preguntarse si debía procederse con ese criterio literal, también en aquellos casos donde había evidencia objetiva de que la demandada afectada con la sentencia, no había sido notificada con la misma ni con nada de lo actuado anteriormente.

En el presente artículo, trataré de abordar aquellas cuestiones que el juez de paz letrado y juez civil de la provincia X omitieron realizar, así como tratar de entender por qué razón optaron por las salidas formalistas anteriormente expuestas, dejando de lado cuestiones de forma y fondo esenciales, como lo es preguntarse ¿cuándo nos encontramos realmente ante un supuesto de cosa juzgada?, máxime si desde hace décadas la doctrina distingue perfectamente entre cosa juzgada formal y cosa juzgada material, siendo que incluso más recientemente se dice que la única cosa juzgada que existe es la material, es decir, la que emana de un proceso regular, de un debido proceso y no del mero aparente cumplimiento de formalidades, de un remedo de proceso.

II. NULIDAD DE ACTUACIONES PROCESALES FRENTE A LA COSA JUZGADA. LA RESPUESTA TRADICIONAL QUE SE FUNDA EN EL TEMOR A LA INTERVENCIÓN DEL ÓRGANO DE CONTROL DISCIPLINARIO O A LA DENUNCIA POR PREVARICATO

Tratando de explicar qué es lo que puede llevar, a veces, a un juez tradicional a renunciar a su deber de practicar una evaluación objetiva, independiente y valiente del caso, para dar una respuesta, directa, frontal y garantista a una controversia, para optar por una indolente respuesta formalista al problema, encuentro que la raíz de este mal no es sólo la venalidad, la corrupción terrible que mina a casi todas nuestras instituciones, incluyendo las que deben tutelar los derechos ciudadanos, sino que en muchos casos esa renuncia obedece a que el propio sistema muchas veces conspira para desincentivar las buenas prácticas jurisdiccionales, al permitir que éstas sean atacadas o minadas por estrategias inescrupulosas de litigantes maliciosos.

En efecto, a quienes conocen de cerca los avatares del litigio en nuestro sistema judicial, les consta que muchas veces cuando un buen magistrado quiere escapar de las redes del pernicioso culto a las formas, a la interpretación literal y descontextualizada del ordenamiento jurídico, bajo la premisa de que el proceso no es un fin en sí mismo, sino una herramienta para la realización del valor justicia, entendiéndolo que en toda norma jurídica subyace un principio que le da sentido para lograr la real protección de los diversos derechos y bienes jurídicos, que no todo está regulado y que ante los vacíos y/o defectos hay que recurrir a los principios esenciales, a la razón última de nuestro sistema normativo, que es siempre imperfecto e incompleto, ocurre que cuando este buen magistrado da al problema o controversia una solución emanada de este tipo de enfoque, el litigante no favorecido con esta visión holística recurre al fácil recurso de interponer contra él, una queja ante el órgano de control interno o a denunciarlo por prevaricato.

Y es que ocurre que, no pocas veces, el órgano de control o el Ministerio Público es instrumentalizado por este tipo de litigantes maliciosos o perniciosos para perseguir al buen magistrado, coactarlo y tratar de obligarlo a seguir la senda del sempiterno y desesperanzador formalismo, del añejo ultrapositivismo en su versión más literal, antigua e inacabada, que se funda en el antiguo adagio de que «el juez es boca de la ley, un esclavo de ella», olvidando que la Ley y el proceso mismo son instrumentos, simples

herramientas, y que la piedra angular de todo Estado Democrático y Constitucional de Derecho es la primacía y defensa de la dignidad de la persona y de todos los derechos fundamentales derivados de la misma, premisa sin la cual cualquier proceso y/o norma jurídica pierden sentido y se vuelven entes robóticos, huecos, sin sentido, sin alma, sin humanidad.

Es importante que todo magistrado, que todo operador jurídico, no pierda de vista algo que ya hemos comentado en un artículo anterior, en cuanto a que el nuevo paradigma de comprensión de todo fenómeno normativo debe poner a los principios y valores constitucionales en la base de todo ejercicio interpretativo, con prudencia y ponderación, para no para generar el caos, anomia, incertidumbre ni malestar que provoca el positivismo extremo, así como también para desterrar algunas tendencias de aplicación de las corrientes del derecho libre, con que se impregnan algunos cultores del denominado «decisionismo judicial», que, bajo el pretexto de la búsqueda de mecanismos más flexibles para la realización del valor justicia, terminan afectando el principio de interdicción de la arbitrariedad, sustituyendo el deber de motivar con razones coherentes y sólidas, con alegaciones subjetivas.

Por ello, se trata, reiteramos, de generar y promover una aplicación razonable, lógica, coherente y garantista de toda norma jurídica, sea sustantiva o adjetiva, sin perder de vista el fin último de todo proceso judicial, entendido este como un instrumento para alcanzar la realización del valor justicia, promoviendo la convivencia civilizada.

Si los justiciables, abogados, litigantes y todos los operadores jurídicos, en general, incluyendo, a los órganos de control y Ministerio Público¹ se nutren de este nuevo paradigma, desalentaremos esta forma tradicional de administrar justicia, en la cual se busca la salida formal fácil, un sistema «Pilatos», donde todos se lavan las manos para evitar ganarse problemas personales, en lugar de solucionar realmente los aspectos controvertidos en los procesos a su cargo.

Este, así descrito, es un sistema añejo que viene socavando desde hace tanto tiempo la fe en el sistema de justicia, desprotegiendo al buen juez

1 Quienes deben dejar de perseguir al buen juez con procesos disciplinarios o tramitación de denuncias inconducentes o hasta arbitrarias por temas de discrepancia con su criterio jurisdiccional (obviamente en la medida que este criterio no sea manifiestamente arbitrario e irrazonable).

—a ese que sí privilegia la sustancia a la forma, el principio, valor y derecho fundamental al texto literal vacío— para desterrar esa tendencia a una forma de administrar justicia que, lejos de reconciliar al ser humano con sus instituciones tutelares, lo hace desconfiar de ellas, situación que constituye caldo de cultivo para propiciar la anomia y el retorno a la autocomposición, a soluciones radicales y violentistas, propugnadas por aquellos que sostienen que nuestro sistema de justicia (entre otros) no tiene solución.

En este caso, considero que tanto el juez de paz letrado como el juez civil a cargo del caso descrito, se percataron de que sí se había vulnerado el derecho de defensa de la parte demandada, pero también deben haberse preguntado lo siguiente: ¿Qué pasará si anulo todo lo actuado? ¿Me acusarán de haber vulnerado el principio de la cosa juzgada? ¿Seré sancionado por la Oficina de Control de la Magistratura (OCMA)? ¿Seré procesado por prevaricato? Y si llego a sobrevivir a esos temas, ¿podré sobrevivir a mi proceso de ratificación ante (el extinto) Consejo Nacional de la Magistratura, hoy Junta Nacional de Justicia? ¿No me dirá alguien por allí que lo correcto era que el entuerto sea solucionado en vía de un proceso de amparo, así ello pueda demandar muchos años hasta que sea quizá el Tribunal Constitucional (TC) el que resuelva, al cabo de muchos años después, lo que yo pude resolver casi de inmediato?

Por eso, pienso que lo más probable es que en el caso descrito, el juez de paz letrado prefirió seguir usando el sistema de justicia tipo «Pilatós», es decir, ese por el cual se lava las manos para no decidir sobre lo esencial y liberarse así de eventuales reproches ante la Oficina Desconcentrada de Control de la Magistratura (ODECMA) o el Ministerio Público, para que sea el superior jerárquico quien ordene lo que se debe hacer, «blindando» así al *A quo*, y, a su vez, el *Ad quem* prefirió no variar el sentido de lo resuelto por el *A quo*, por las mismas razones no explícitas, pero buscando más bien apuntalar este mecanismo de escapismo jurisdiccional, al que podríamos llamar un método de revisión judicial tipo «Houdini»², donde no se resuelve la controversia, sino que se sigue pateando el tema para que sea tratado, luego, por otros jueces.

2 Harry Houdini (Budapest, Imperio austrohúngaro; 24 de marzo de 1874-Detroit, Michigan; 31 de octubre de 1926), cuyo nombre verdadero fue Erik Weisz (cambiado después por Erich Weiss al emigrar a Estados Unidos), fue un ilusionista y escapista austrohúngaro nacionalizado estadounidense. Tomado de Wikipedia.

Este proceder del *Ad quem* termina configurando otra penosa forma o estilo de simular que se administra justicia, a través de una salida tanto o aún más formalista que la del *A quo*, como lo es la aplicación literal de las normas sobre nulidad, pero descontextualizando y desnaturalizando el marco normativo, sin reparar en su sentido ni finalidad, para que sea finalmente otro juez —ahora uno constitucional— quien decida qué hacer o cómo proceder ante este problema (la indefensión advertida en fase de ejecución de sentencia) al resolver el respectivo proceso de amparo que se podría interponer para cuestionar esta «cosa juzgada formal».

Así, desde esta perspectiva formalista simplista, diseñada para ahorrarse problemas ante ODECMA o el Ministerio Público (no para hacer justicia), tendría que ser un juez constitucional quien decida qué hacer con el problema detectado y advertido relacionado con la mutilación del derecho de defensa, siendo muy probable que este juez constitucional, a su vez, comparta el mismo criterio anterior y decida (también para evitarse problemas con ODECMA, el Ministerio Público o hasta con la Junta Nacional de Justicia —JNJ—), que deberá ser el Tribunal Constitucional (TC) el que resuelva el tema en forma definitiva, pues finalmente, sus magistrados, al ser los supremos intérpretes de la *Constitución*, son los únicos que se ven menos expuestos a los bemoles de ser denunciados o quejados o no ratificados, pues a lo más y muy rara vez, éstos podrían ser pasibles de una denuncia constitucional ante el Congreso de la República, denuncias estas que, estadísticamente, nunca prosperan o duermen el sueño de los justos (salvo la situación excepcional, acontecida en los aciagos y oscuros años en que los magistrados de turno del TC fueron denunciados por haber resuelto contra la reelección de un otrora presidente).

Es decir, pienso que la lógica judicial tradicional fue la que imperó en el caso expuesto, donde cada juez pensó, en su oportunidad, que le resultaba emocionalmente mucho más rentable que este tema sea visto por el TC para así aliviarse de muchas complicaciones y/o tensiones ante ODECMA, el Ministerio Público o hasta la JNJ.

Para un juez tradicional, atreverse a anular en ejecución de sentencia una sentencia con «apariencia de cosa juzgada» puede parecerle demasiado riesgoso. Las razones de ello, ya las hemos mencionado anteriormente. Eso descartando, claro está, un supuesto de venalidad. Aunque, a fin de cuentas, el mismo daño (y hasta quizá uno mayor) que causa un juez

venal, lo causa un juez que renuncia a su deber de administrar justicia debido al miedo, indolencia y/o comodidad, pensando erróneamente que eso no es (o no tan) inmoral ni punible, como sí lo es un acto de venalidad.

III. RELATIVIZACIÓN DEL VALOR DE LA COSA JUZGADA FORMAL Y DEL PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA ANTE LA VULNERACIÓN DEL DERECHO DE DEFENSA. ALGUNAS RESPUESTAS DE LA JURISPRUDENCIA NACIONAL ANTE LA AFECTACIÓN DE ESTE DERECHO

Los jueces, probablemente, se preguntaron si el *A quo* y el *Ad quem*. ¿Acaso es posible resolver el pedido de nulidad de todo lo actuado por la vulneración del derecho de defensa sin afectar el principio de la cosa juzgada y salir indemne en el sistema de cosas actual, el tradicional? Ellos, sin duda, pensaron que no. Mi propuesta es que esto sí es perfectamente posible y que es hasta una obligación legal, un deber moral, hacerlo, pues de lo contrario causaría un grave daño a los derechos del justiciable afectado, al sistema de justicia y, con ello, a la sociedad toda, en su conjunto. Y el «blindaje» del juez que actúe en esta forma que considero correcta, ante cualquier intento de atropello ante su correcto proceder, radicará en el cabal ejercicio de su deber de motivación.

En este caso, recordemos que tenemos, por un lado, la evidencia de que una de las partes del proceso de alimentos, en concreto la demandada, nunca pudo ejercer su derecho de defensa y, de otro lado, tenemos al principio-valor (en este caso solo aparente) de la cosa juzgada de una sentencia, emitida en un proceso donde todo lo actuado fue notificado a la demandada bajo la puerta, en un domicilio que el demandante conocía perfectamente que ya no era el suyo, omitiendo advertir de ello al juez de la causa. Por ello, de nuevo nos preguntamos: ¿Vale acaso ese fallo y debe preservarse a toda costa, pese a la vulneración del derecho de defensa? ¿Es oponible a la persona afectada con la indefensión?, ¿puede ser calificado como un fallo en ejecución, emanado de un proceso regular?, ¿se aplicaron correctamente las normas sobre nulidad al caso concreto?

Todas estas preguntas válidas fueron formuladas al deducirse la nulidad de todo lo actuado y de seguro merodearon la mente de cada juzgador en la respectiva instancia, y tuvieron su impacto y peso específico, por lo menos, en sus fueros íntimos, aun cuando ya sabemos cuál fue la respuesta de la

judicatura: validar la cosa juzgada formal (no material) por sobre el valor del derecho de defensa vulnerado.

Podría pensarse que esta decisión fue tomada sin la necesaria realización de un test de proporcionalidad, de ponderación, entre los valores «cosa juzgada y seguridad jurídica» frente al valor relacionado al «derecho de defensa» y, por ende, también al debido proceso, siendo que simplemente se aplicó a rajatabla el precepto constitucional general de la protección de la cosa juzgada, contenida en el artículo 139 inciso 2) de la *Constitución*³.

Para quienes, como el jurista español Juan Antonio García Amado, consideran que la ponderación no constituye un método adecuado para resolver controversias jurídicas, por tratarse de una metodología sumamente subjetiva, señalo que, desde mi punto de vista, en este caso ni siquiera hacía falta que nos pusiéramos en esa disyuntiva, sobre si debía o no aplicarse el test de proporcionalidad, por cuanto, desde antaño, los constitucionalistas son claros en precisar la lectura o interpretación correcta del inciso 2) del artículo 139 de la carta fundamental, en el sentido de que para la configuración de la «cosa juzgada» tienen que haberse respetado todas las garantías del debido proceso, entre ellos, sin duda alguna, el derecho de defensa.

Algunos abogados litigantes, desconfiando de algunos fallos que pretenden tener el estatus o condición de cosa juzgada, hablan con gran dosis de humor negro, de la «cosa juzgada», esa que dicen se obtiene con sospechosa y extraña tramitación. Empero, en este artículo aludimos a un caso, donde aun existiendo grave afectación del derecho de defensa, partimos por asumir que los jueces involucrados actuaron de buena fe, pero fueron sorprendidos por el demandante.

Desde esta perspectiva garantista, consistente en que la cosa juzgada sólo existe si emana de un proceso regular, se puede concluir que el juez de paz letrado citó erróneamente ese precepto constitucional de la inamovilidad de la cosa juzgada como único argumento para desestimar la petición de

3 El inciso 2 del artículo 139 de la *Constitución* dice: «La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional. Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución. Estas disposiciones no afectan el derecho de gracia ni la facultad de investigación del Congreso, cuyo ejercicio no debe, sin embargo, interferir en el procedimiento jurisdiccional ni surte efecto jurisdiccional alguno».

nulidad de todo lo actuado, conclusión a la que arribó sin haber analizado la prueba irrefutable de la afectación del derecho de defensa, como si fuera irrelevante la demostración de que no existió debido proceso, como si a partir de ello no pudiera concluir que NO se había configurado un supuesto legítimo de cosa juzgada, por no haber emanado el fallo en ejecución, de un proceso regular, sino de uno manifiestamente irregular, viciado de muerte, por la indefensión.

Por ende, si el proceso fue irregular, por la festinación del derecho de defensa, bien pudo aplicarse el aforismo «donde hay indefensión, hay nulidad», plasmado en numerosa jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y del Tribunal Constitucional.

En efecto. Veamos algunos tratamientos que la jurisprudencia nacional ha dado a algunos casos con una problemática parecida.

Casación N.º 1098-2014 Lima

La Corte Suprema concluyó que, al existir duda razonable sobre la notificación efectuada «bajo la puerta» en un domicilio probablemente incorrecto, debía notificarse nuevamente, pero en forma debida.

Así, en el considerando sétimo se señala lo siguiente:

[s]in embargo se advierte del cargo de notificación que se deja constancia que al no encontrarse nadie en el domicilio a notificar, la cédula de notificación **se dejó bajo la puerta**; indicándose la descripción del inmueble de fachada de color amarillo y fierro blanco; sin embargo, el domicilio del ejecutado es de color blanco y su puerta es de madera de lo que **se infiere que no se ha notificado conforme a ley, vulnerándose con ello el derecho de defensa y el debido proceso del ejecutado al no poder formular su contradicción**; lo que determina la nulidad insubsanable de la recurrida y de lo actuado a tenor de lo dispuesto en el artículo 171 del *Código Procesal Civil*. (Énfasis agregado.)

El caso que inspira el presente artículo es aún más grave, porque no sólo existe duda sobre si la notificación bajo la puerta realmente se practicó (cosa rara, por cierto, que en nuestro caso bajo comentario siempre se haya recurrido sólo a esa modalidad), sino que hay certeza absoluta de que en caso así hubiera sido, ello se hizo en un lugar que el demandante sabía perfectamente y a ciencia cierta de que no era el domicilio de la demandada.

Casación N.º 2227-2001 Ayacucho

La Corte Suprema concluyó que el demandante no debió emplazar al demandado en un domicilio indicado en un contrato celebrado entre ellos, cuando en un proceso judicial seguido anteriormente entre las mismas partes, el demandado había indicado su domicilio real, es decir, uno distinto al del señalado anteriormente en el contrato, situación que, por lo ya mencionado, no podía ser desconocida por el demandante en este nuevo proceso.

Así, en el considerando sétimo se señaló:

Que está igualmente acreditado que en fecha anterior, el hoy actor don Isaac Tineo Ochoa siguió otro proceso contra doña Elizabeth Tineo Coras, sobre nulidad de acto jurídico, donde señala como su domicilio real el sito en el Asentamiento Humano Paraíso, calle Paraíso manzana L, lote doce Santa Cruz – Chosica – Lima, de lo que se colige que el demandante tenía conocimiento que el domicilio real de la codemandada doña Elizabeth Tineo Coras estaba ubicado en el distrito de Chosica del departamento de Lima, sin embargo petición se la notifique en un domicilio que la demandada fijó en mil novecientos noventicinco en la aludida Escritura Pública, esto es, en Jirón Ricardo Urbano número ciento setenticinco – Huanta – Ayacucho, válido solo para los efectos de ese contrato de celebración instantánea.

Algo muy parecido ocurrió en el caso bajo comentario: quedó constancia del domicilio real de la demandada en otro proceso judicial seguido anteriormente entre las mismas partes; sin embargo, posteriormente, el padre del niño la demandó, pero lejos de indicar su domicilio real, consignado expresamente en el citado anterior proceso judicial de tenencia y custodia, consignó uno distinto, el indicado en su DNI, a sabiendas que ella no vivía allí, desde mucho antes de haber sido su conviviente, información que omitió revelar, obviamente, con la finalidad de provocar su indefensión, para ganar su proceso sin ninguna oposición, lo que en efecto logró.

Como se podrá apreciar, en esta casación, la Corte Suprema ordenó anular todo lo actuado hasta el momento de sobrecartar la demanda, como también fuera petitionado en el caso que motiva el presente artículo.

Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N.º 06348-2008-PA/TC

En este caso, el TC dispuso anular todo lo actuado en sede judicial desde el

momento en que se notificó a la parte afectada en un lugar incorrecto; esta sentencia en su considerando sétimo indica lo siguiente:

Este Colegiado, una vez evaluadas y analizadas las argumentaciones de las partes, así como el caudal probatorio anexo a la demanda, concluye que el defecto o vicio en la notificación de los actos procesales al recurrente —al habersele notificado de los mismos en el domicilio procesal que correspondía a su codemandada— tuvo como consecuencia objetiva, inmediata y directa que éste no haya cuestionado y/o impugnado los actos procesales que le causaban agravio a sus derechos e intereses (por ejemplo la sentencia de primera instancia y la sentencia de segunda instancia). En efecto, el error del órgano judicial en la notificación de los actos procesales al recurrente originó en los hechos que éste no tomara conocimiento de los actos procesales emitidos e impidió injustificadamente su impugnación o cuestionamiento al interior del proceso judicial. Por estos motivos, la demanda ha de ser estimada, **debiendo retrotraerse el proceso judicial de indemnización al momento en que se cometió el vicio de notificar al recurrente en el domicilio procesal que no era el suyo o a un momento coetáneo al mismo.** (Énfasis agregado.)

En el caso que motiva el presente artículo, el momento coetáneo al de la notificación errónea es el acto mismo de notificación de la demanda, siendo que todas las notificaciones posteriores, emitidas al interior del proceso de alimentos, hasta antes del apersonamiento de la demandada, también adolecen del mismo vicio.

Posteriormente analizaremos la siguiente cuestión: si la sentencia no fue notificada correctamente (ni nada de lo anterior a su emisión tampoco), ¿cuál debió ser considerada la primera oportunidad para deducir la nulidad? Y a partir de ello, ¿cómo podría exigirse formular el pedido de nulidad de todo lo actuado conjuntamente con un recurso de apelación de sentencia si esta nunca fue notificada válidamente?

Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N.º 03844-2009-PA/TC

En este caso, el TC dispuso anular todo lo actuado en sede judicial, porque había duda sobre si la notificación se produjo o no. Sin embargo, en el caso que motiva el presente artículo, la situación es incluso aún más gravosa, por cuanto realmente no hay duda, **sino la absoluta certeza** de que nunca se notificó a la demandada en su domicilio real, declarado en un proceso

judicial seguido anteriormente entre las mismas partes. Al respecto, esta sentencia del TC indica lo siguiente:

Notificación y derecho de defensa

5. El derecho de defensa se encuentra reconocido en el inciso 14 del artículo 139 de *la Constitución*, el cual establece: «[e]l principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso».

Por su parte, el numeral 1 del artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos señala que: «[t]oda persona tiene derecho a ser oída, (...) para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter».

6. Al respecto, en la STC 5871-2005-AA/TC [fundamentos 12 y 13, respectivamente] este Tribunal sostuvo que el derecho de defensa: «(...) se proyecta (...) como un principio de contradicción de los actos procesales que pudieran repercutir en la situación jurídica de algunas de las partes de un proceso o de un tercero con interés (...)».

La observancia y respeto del derecho de defensa es consustancial a la idea de un debido proceso, propio de una democracia constitucional que tiene en el respeto de la dignidad humana al primero de sus valores. Por su propia naturaleza, el derecho de defensa es un derecho que atraviesa transversalmente a todo el proceso judicial, cualquiera sea su materia.

La posibilidad de su ejercicio presupone, en lo que aquí interesa, que quienes participan en un proceso judicial para la determinación de sus derechos y obligaciones jurídicas tengan conocimiento, previo y oportuno, de los diferentes actos procesales que los pudieran afectar, a fin de que tengan la oportunidad de ejercer, según la etapa procesal de que se trate, los derechos procesales que correspondan (v.g. interponer medios impugnatorios).

Por cierto, las exigencias que se derivan del significado constitucional del derecho de defensa no se satisfacen con la posibilidad de que en abstracto las partes puedan formalmente hacer ejercicio de los recursos necesarios previstos en la ley, sino también con la garantía de que puedan interponerlos de manera oportuna. Por ello, el artículo 155 del *Código Procesal Civil* dispone, en su segundo párrafo, que «Las resoluciones judiciales sólo producen efectos en virtud de notificación hecha con arreglo a lo dispuesto en este Código (...); **de modo que la falta de notificación es considerada como un vicio que trae aparejada la nulidad de los actos procesales, salvo que haya operado la aquiescencia.**

Evidentemente no cualquier imposibilidad de ejercer esos medios para la defensa produce un estado de indefensión reprochada por el contenido constitucionalmente protegido del derecho. Ésta será constitucionalmen-

te relevante cuando aquella indefensión se genera en una indebida y arbitraria actuación del órgano que investiga o juzga al individuo. Y esto se produce sólo en aquellos supuestos en que el justiciable se ve impedido, de modo injustificado, de argumentar a favor de sus derechos e intereses legítimos, con el consiguiente perjuicio para tales derechos o intereses.
(Énfasis agregado.)

Como indicamos anteriormente, esta sentencia del TC describe situaciones análogas e incluso hasta de menor gravedad a la descrita en el caso que motiva el presente artículo, por lo que sus conclusiones le son perfectamente aplicables.

Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N.º 03700-2013-PA/TC

En este fallo del TC son dignos de destacar los argumentos expresados en los votos de los magistrados Ledezma Narvárez y Espinoza-Saldaña Barrera con relación al principio-valor de la cosa juzgada, dejando en claro que esta no existe realmente a menos que se haya respetado el debido proceso.

Así, Ledezma señaló lo siguiente:

2. Más allá de que comparto dicha conclusión, estimo que, además, debe considerarse la jurisprudencia que sobre la configuración de la denominada cosa juzgada «aparente» o «irregular» ha expedido tanto el Tribunal Constitucional peruano, como la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos o incluso tribunales importantes como la Corte Constitucional de Colombia.

Tanto en la sentencia del Expediente N.º 04587-2004-AA/TC como en aquella contenida en el Expediente N.º 00679-2005-PA/TC, el Tribunal Constitucional peruano dejó establecido el criterio según el cual **no puede constituir cosa juzgada aquella sentencia seguida ante un órgano jurisdiccional incompetente o cuando, dicha cosa juzgada no se genere en un proceso «jurídicamente válido»**. Asimismo, de forma más contundente, en esta última sentencia, el Tribunal Constitucional citó a la Corte Interamericana de Derechos Humanos que estableció que una sentencia pronunciada como consecuencia de un procedimiento que no fue seguido independiente o imparcialmente de conformidad con las debidas garantías procesales produce una cosa juzgada «aparente» (fundamento 18).

Evidentemente, en un caso como el expuesto en el presente artículo, no se puede considerar que existió un proceso jurídicamente válido, en la medida que se hizo tabla rasa del derecho de defensa de la parte demandada. Si no se permite el derecho de defensa, no existe un debido proceso, y sin este, a su vez, es imposible que exista un proceso jurídicamente válido.

Asimismo, en esta misma sentencia del TC, Espinoza-Saldaña Barrera señaló lo siguiente, en el mismo sentido sobre las condiciones para que se configure la cosa juzgada:

2. En primer lugar, conviene tener presente que la garantía de la irreversibilidad de las decisiones con autoridad de cosa juzgada prevista en la Constitución no es una materia que pueda interpretarse de modo aislado respecto a las demás disposiciones contenidas en la Constitución. En efecto, como ya hemos dejado indicado en mi voto singular del Exp. N.º 04617-2012-PA/TC (*caso Panamericana Televisión*), **no sería una interpretación constitucionalmente correcta aquella que considere que la garantía de inmutabilidad de la cosa juzgada alcance a resoluciones írritas, arbitrarias, fraudulentas o carentes de motivación. En tales casos, nos encontramos ante la denominada cosa juzgada aparente, falsa o fraudulenta.**

3. En este orden de ideas, y ateniendo a otros bienes constitucionalmente relevantes (como el, a la vez, principio y derecho de dignidad humana previsto en el artículo 1; la tutela jurisdiccional «efectiva» contenida en el artículo 139, inciso 3; a las garantías específicas que integran el debido proceso consignadas a lo largo del ya mencionado artículo 139; o al mandato de interdicción de la arbitrariedad que se desprende de la fórmula de Estado de Derecho planteado en los artículos 3 y 43), y a la luz de del criterio interpretativo de unidad de la Constitución y de concordancia de ella consigo misma, **debe entenderse que el contenido de una sentencia que constituye cosa juzgada es inmutable e inmodificable, siempre y cuando su contenido no incluya graves irregularidades, o supuestos de manifiesta arbitrariedad que terminen vulnerando derechos fundamentales o los principios constitucionales.**

(...)

5. Desconoce, por ejemplo, que desde los procesos de Nüremberg en adelante, y sobre la base de consideraciones materiales de justicia, **será inadmisibles ofrecer consideraciones meramente formales con la finalidad de sostener la validez de decisiones que, aunque formalmente jurídicas, transgreden umbrales mínimos de injusticia. Como bien señaló en su momento Radbruch, no existe en rigor Derecho si lo previsto como tal no satisface un mínimo umbral de justicia.** Por ende, actualmente se entiende que el principio de estricta legalidad se ha transformado en un principio de juridicidad en sentido amplio, como consecuencia de ello, la validez de normas y actos jurídicos no depende únicamente de lo regulado a través de disposiciones legales, sino del conjunto de bienes materiales relevantes, y en especial de los valores, principios y derechos constitucionales.

6. Corresponde entonces, tomando en cuenta cuales son los actuales alcances de los conceptos ya aquí reseñados, si es pertinente que una decisión con motivación falsa o aparente, fraudulenta, o sin fundamentos jurídicos o fácticos pertinentes puede ser declarada nula, en caso lo hubiere pedido la parte afec-

tada (como en el caso de autos), pese a que ello no está regulado expresamente por el Código Procesal Constitucional peruano.

7. Al respecto, debe tenerse en cuenta que los jueces de este Tribunal Constitucional, como los demás jueces de la República, tienen una potestad nulificante, indesligable de sus funciones, en la medida que tienen el deber de impartir justicia conforme a la Constitución y las leyes (artículos 51 y 138 de la Constitución); y a que toda decisión judicial debe estar basada en Derecho (artículo 139, inciso 5 de la Constitución), aunque la ley u otra normativa a aplicar sea defectuosa o incompleta (artículo 139, inciso 8 de la Constitución). Esto implica que los jueces tienen el deber de resolver conforme a Derecho, inclusive dejando sin efectos sentencias emitidas en última y definitiva instancia o grado, y cuando estemos ante situaciones donde dichas sentencias incurran en vicios gravísimos e insubsanables. (Énfasis agregado.)

Un aspecto que merece especial atención en el discurso argumentativo de Eloy Espinoza-Saldaña Barrera es su mención a la potestad nulificante que ostentan todos los jueces de la República, lo que respalda nuestra hipótesis de solución al caso que motivó el presente artículo, que es aplicable a cualquier otro caso análogo, donde se peticione la nulidad de todo lo actuado en la fase de ejecución de sentencia, cuando haya mediado indefensión debidamente acreditada.

IV. ¿QUIÉN DEBE RESOLVER EL PEDIDO DE NULIDAD? ¿EL PROPIO JUEZ QUE CONOCE DE LA EJECUCIÓN DEL FALLO OBTENIDO MEDIANDO INDEFENSIÓN? ¿EL SUPERIOR JERÁRQUICO O UN JUEZ CONSTITUCIONAL EN VÍA DE PROCESO DE AMPARO? SUGERENCIAS PARA DESINCENTIVAR LA MALA PRÁCTICA DE PROMOVER LA INDEFENSIÓN PROCESAL

Los fallos reseñados anteriormente concluyen, sin duda alguna, que en casos como el que motiva el presente análisis la solución o remedio inevitable es la declaración de nulidad de todo lo actuado, desde el momento en que se produjo el vicio. Empero, no dicen nada concreto respecto a quien compete declararla, una vez promovida la petición en la primera oportunidad que le sea posible al afectado.

Considero que en un caso como el descrito y en cualquier otro análogo, donde el afectado con la indefensión deduzca la nulidad de todo lo actuado a partir del momento en que fue privado arbitrariamente de la posibilidad

real de ejercer cabalmente su derecho de defensa desde antes que se haya expedido el fallo, el primer llamado a evaluar y, eventualmente, declarar la nulidad (si encuentra fundamento para ello), es el propio juez de ejecución. Caso contrario, estaríamos cargando sobre los hombros del afectado con la indefensión un daño adicional, una nueva situación gravosa, dañosa, lo que el sistema jurídico no debe permitir, avalar ni incentivar.

En efecto, partiendo del propio marco normativo invocado por el juez civil que confirmó la errónea decisión del *A quo* (que invocó la santidad de la cosa juzgada, aun de la meramente formal), la respuesta pudo ser diametralmente distinta. Decimos esto, por cuanto el *Ad quem* invocó el artículo 176 del *Código Procesal Civil*, según el cual la nulidad se formula «en la primera oportunidad que el perjudicado tuviera para hacerlo, antes de la sentencia, y sentenciado el proceso en primera instancia, sólo puede ser alegada expresamente en el escrito sustentatorio del recurso de apelación», respecto de lo cual aprecio lo siguiente: la primera oportunidad que tuvo la demandada para formular su pedido de nulidad fue cuando se enteró circunstancialmente de la existencia del proceso, cuando este ya se encontraba en la fase de ejecución; y respecto a la oportunidad específica para los casos ya sentenciados, evidentemente, la condición esencial para la aplicación literal de ese supuesto normativo es que la sentencia haya sido correctamente notificada al afectado, al interesado en deducir la nulidad, situación que no se produjo en este caso.

Es lo mismo que ocurre con el inciso 2) del artículo 139 de la Ley Fundamental: para que se invoque la santidad de la cosa juzgada, esta debe emanar de un proceso regular, de lo contrario, realmente no hay cosa juzgada que santificar. Bajo la misma lógica, la exigencia de incorporar el pedido de nulidad, en un caso ya sentenciado, en el recurso de apelación de sentencia, obviamente no le puede ser exigido a quien no ha sido notificado con la sentencia.

Precisamente, si la causa última de la nulidad peticionada, manifestada y evidenciada, es coetánea al momento mismo del acto de notificación con la demanda, es claro que realmente la nulidad abarca desde allí, incluyendo a ese acto, a todo lo posterior, incluyendo la emisión y supuesta notificación de la sentencia, por lo cual en el caso bajo análisis, realmente no hay, no existe una sentencia válidamente emitida, porque estamos ante una ficción de proceso; ante la mera apariencia de un proceso, lo único que existe,

en el caso bajo análisis, es un conjunto de actuaciones impulsadas por una sola de las partes, carentes de valor alguno por la indefensión de la parte demandada. Siendo así, la exigencia o presupuesto normativo invocada por el *Ad quem* deviene en totalmente impertinente, en inaplicable.

Incluso, resulta de aplicación el aforismo de «A lo imposible nadie está obligado». En efecto, ¿cómo se puede «castigar» a la víctima de indefensión con la desestimación de su pedido de nulidad por no haberla formulado conjuntamente con un recurso de apelación de sentencia que jamás podría haber interpuesto oportunamente por el hecho manifiesto de que la sentencia en mención jamás le fue notificada en forma válida, sino (supuestamente) bajo la puerta en un domicilio que no era el de la demandada.

Una solución como la del *Ad quem*, tan cuestionable como la del *A quo*, es tan descabellada y alucinante como pretender castigar a una oveja por no saber ladrar, a un recién nacido por no saber leer. Así de sinsentido. Las «soluciones» brindadas por los magistrados del caso, a la petición de nulidad analizada, no guardan correspondencia con la naturaleza de los hechos del caso, ni con la naturaleza de las instituciones jurídicas involucradas, como son el derecho de defensa, al debido proceso, a la tutela jurisdiccional efectiva, cosa juzgada y seguridad jurídica, como a la propia institución de la nulidad procesal.

Por ello, concluyo reiterando que corresponde al propio juez de ejecución declarar la nulidad deducida por causa de un supuesto de indefensión, debiendo asumir y ejercer dicho juez ese poder nulificante que le confiere el ordenamiento jurídico, a partir de una correcta interpretación de las normas pertinentes, apartándose de los rigores del culto a las formas, ese ritualismo formal que olvida los fines del proceso y su carácter instrumental, así como el hecho de que el juez, el proceso y las normas jurídicas, tanto sustantivas como adjetivas, cabalmente aplicadas, están al servicio del valor justicia, al servicio de la tutela de los derechos fundamentales, por lo que se debe desterrar toda respuesta arbitraria, entre ellas las dilatorias (para que otro el juez o el TC sean quienes resuelvan el tema) en la solución de las controversias judiciales, lo que afirmamos, aunque parezca obvio manifestarlo, dado que la realidad revela que estas situaciones son cotidianas y han sido revisadas por la Corte Suprema y el TC, cuando bien pudieron ser resueltas en las instancias inferiores, incluso hasta en sede de un juzgado de paz letrado, como en el caso que motiva el presente artículo.

Pretender derivar el análisis de este tipo de controversias a los avatares de un nuevo proceso, en este caso de naturaleza constitucional, es agravar la lesión de los derechos fundamentales ya vulnerados por una situación totalmente anómala y procesalmente patológica, como la expuesta. Después de todo, no olvidemos el ya extendido concepto de que realmente todo juez es un juez constitucional, y no sólo aquellos a quienes se extiende un título con dicha especialidad, pues todos los jueces, de todas las instancias, deben administrar justicia a partir de los principios, valores y conceptos emanados de la norma fundante de nuestro ordenamiento jurídico.

Expresado este punto, consideramos que los órganos de control y el Ministerio Público, lejos de agobiar a los jueces que actúan acorde a una aplicación e interpretación constitucional del ordenamiento jurídico, deben sancionar a aquellos que se contentan, conforman o sólo buscan ceñirse a los rigores formalistas, aplicaciones normativas ultraliberales y descontextualizadas, del ordenamiento jurídico, sin comprensión de los principios, valores, derechos y bienes jurídicos involucrados en cada caso, que son los deben orientar la correcta actuación de los operadores jurídicos.

De igual modo, los jueces deben sancionar a los litigantes que promueven la festinación del debido proceso, del derecho de defensa, aplicando las sanciones permitidas por el ordenamiento procesal e incluso promoviendo las acciones penales que correspondan, cuando se los induzca a error para promover un fraude procesal e incluso deben promover acciones administrativas, ante los Colegios de Abogados, para desmotivar el uso y abuso de las malas prácticas procesales, el ejercicio abusivo del derecho, entre otros.

BIBLIOGRAFÍA

- Bustamante, R. (2001). *Derechos fundamentales y proceso justo*. Lima: Ara Editores.
- Cavani, R. (2014). *La nulidad en el proceso civil*. Lima: Palestra Editores.
- Devis, H. (2012). *Compendio de derecho procesal civil*. Bogotá: Editorial Temis.
- Devis, H. (2009). *Nociones de derecho procesal civil*. Bogotá: Editorial Temis.
- Devis, H. (1984). *Teoría del proceso. Tomo I*. Buenos Aires: Editorial Universidad.
- González, R. (2013). *Neoprosesalismo. Teoría del proceso civil eficaz*. Lima: Ara Editores.
- Gozaíni, O. (2005). *Elementos de derecho procesal civil*. Buenos Aires: Ediar.
- Iñaki, L. (1995). *El principio del debido proceso*. Barcelona: Editorial Bosch.

- Lourido, A. (2002). *La nulidad de actuaciones. Una perspectiva procesal*. Granada: Editorial Comares.
- Maurino, L. (2001). *Abuso del derecho en el proceso*. Buenos Aires: La Ley.
- Monroy, J. (1996). *Introducción al proceso civil*. Santa Fe de Bogotá: Temis.
- Pereira, S. (2011). *La ineficacia de los actos procesales*. Madrid: Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.
- Proto, A. (2014). *La tutela jurisdiccional*. Lima: Palestra.
- Taruffo, M. (2013). *Verdad, prueba y motivación en la decisión sobre los hechos*. México D.F: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.
- Vilela, K. (2007). *Nulidades procesales civiles y sentencia firme*. Lima: Palestra Editores.

MEDIOS DE PRUEBA EN EL PROCESO CIVIL ESPAÑOL JUSTIFICADOS EN PRESUNCIONES: LA PRUEBA INDICIARIA, CIRCUNSTANCIAL O INDIRECTA

**EVIDENCE IN THE SPANISH CIVIL PROCESS JUSTIFIED IN ASSUMPTIONS: THE
INDICIARY, CIRCUMSTANTIAL OR INDIRECT EVIDENCE**

*Antonio María Lorca Navarrete**
Universidad del País Vasco

Recepción: 18/10/2018

Aceptación: 20/12/2018

Resumen

La Ley de Enjuiciamiento Civil N.º 1/2000 introduce al entendimiento de la presunción (artículos 385 y siguientes de dicho dispositivo normativo), donde su omnipresencia abre insospechadas posibilidades a la práctica judicial justificada en su tránsito inequívoco a través de la prueba indiciaria, indirecta o circunstancial.

Palabras clave: Presunciones; indicio; prueba; *Código Procesal Civil*.

Abstract

The Ley de Enjuiciamiento Civil N.º 1/2000 introduces the understanding of the presumption (articles 385 and following of the act), in which its omnipresence opens up unsuspected possibilities to the justified judicial practice in its unequivocal transit through the indicinary evidence, indirect or circumstantial

Keywords: Presumption; circumstantial evidence; evidence; *Spanish Civil procedure Act*.

* Doctor en Derecho por la Universidad de Granada, España. Profesor en la Universidad del País Vasco, España. Director del Instituto Vasco de Derecho Procesal y de la Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje.

En la Ley de Enjuiciamiento Civil española no se alude expresamente a la prueba indiciaria, indirecta o circunstancial. El desinterés e indiferencia hacia la misma ya fue exhibido en el siglo XIX cuando se indicó que «en las aulas y en nuestros tratadistas de derecho se hacen, a lo sumo, ligeras indicaciones sobre tan difícil materia. De suerte, que para adquirir algunas noticias sobre ella es preciso recurrir a autores extranjeros» (López, 1879, p. 6).

En la actualidad, y tras la entrada en vigor de la Ley de Enjuiciamiento Civil del 2000, es posible aludir, aun cuando sea con el carácter de inédito para un texto procesal civil, a la presunción que permite sustentar o justificar la prueba indiciaria, indirecta o circunstancial.

Las anteriores afirmaciones se agigantan aún más si se tiene en cuenta que, a la conceptualización de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil como Código General del Proceso (artículo 4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), se une el devenir histórico de la procesalística en España debido a la nula atención que se ha prestado a la prueba indiciaria, indirecta o circunstancial en el ámbito del proceso civil.

Se ha dicho, a modo de pauta para comprender en su exacto sentido lo que se acaba de indicar, que «con toda la magnitud y respeto a la obra del profesor Serra Domínguez Normas de presunción en el Código civil (...), su reducción semántica y sistemática del indicio a la voz «afirmación base» y el poco juego que le otorga al mismo a lo largo de su obra no ayuda a una perspectiva metafórica y pedagógicamente celular de esta entidad lógica» (Muñoz, 2000, p. 332).

Con la entrada en vigor de la Ley de Enjuiciamiento Civil N.º 1/2000, en cambio, al tiempo que se accede al entendimiento y comprensión de la presunción (artículos 385 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil), su omnipresencia abre insospechadas posibilidades a la práctica judicial justificada en su tránsito inequívoco a través de la prueba indiciaria, indirecta o circunstancial.

Para comprender, por tanto, en sus exactos términos la prueba indiciaria, indirecta o circunstancial en el ámbito del proceso civil, la Ley de Enjuiciamiento Civil nos obliga a transitar a través de las presunciones. De ahí que resulte obligado un examen particularizado la cuestión relativa al nexo existente entre presunción y prueba indiciaria, indirecta o circunstancial. O, lo que es lo mismo, acudir en primer término, al indicio.

I. EL INDICIO O PRUEBA INDICIARIA (O, TAMBIÉN, INDIRECTA O CIRCUNSTANCIAL)

La presunción implica considerar como ciertos los indicios —o hechos bases de la presunción—. Al respecto, se ha indicado lo siguiente:

[...] que entendemos por indicio todo hecho conocido que demuestra la existencia de otro desconocido. El indicio viene a ser como un signo. Entre el indicio pues, el hecho que indica, ha de mediar la relación de necesidad entre el signo y los significados. De otra suerte cabe error, siendo imposible afirmar nada con absoluta certeza.» (López, 1879, p. 75).

Mas en particular, el indicio «es un hecho que está en relación tan íntima con otro hecho, que un juez llega del uno al otro por medio de una conclusión natural» (Muñoz, 2000, p. 335) aunque «el concepto de «relación íntima» no deja de ser un concepto indeterminado» (Muñoz, 2011, p. 3) de modo que la relación del indicio «con otros indicios, forma una arborescencia que al socaire de esta descripción metafórica desemboca en una presunción, que en el lenguaje taxonómico sería como el ancestro común de todos los indicios» (Muñoz, 2011, p. 3).

La interrogante que se plantea es la siguiente: «¿Y por qué no dar nombre a todos estos indicios?» (Muñoz, 2011, p. 3). Sobre el particular, se ha indicado que

[...] una taxonomía indiciaria es básicamente *expositiva* en cuanto se limita a dar cuenta de los indicios sin atribuir conjuntos o síndromes para cada *thema probandi* en concreto (cuestión esta que representa un paso más adelante que corresponde de lleno a la semiótica probática) y *exponencial*, en cuanto que los indicios que presenta pueden hallarse ubicados en diferentes *thema probandi*, tanto parecidos como disimiles. (Muñoz, 2011, p. 3).

En definitiva, [e]stamos en un presente, tratamos de «lograr» el pasado con unos hechos (de *circum stare*: que están alrededor) que no son los buscados. Pero estos, con el empleo de la racionalidad y las reglas de la experiencia, nos indican el buscado (el hecho buscado no está representado ni observado por el juez; lo que tenemos es un hecho que lo señala. Es decir, el que nos interesa no está en el expediente, lo que hay hecho que lo indica, lo señala).» (Parra, 2007, 685).

II. EL INDICIO Y SU RELACIÓN CON LA PRESUNCIÓN

El indicio en su relación con la presunción se proyecta en los siguientes ámbitos. El primero supone que para poder «presumir» a partir de uno

o varios indicios, hay que concretar las exigencias de «carácter formal y material» en que ha de concurrir el indicio que permita precisamente «presumir» un determinado hecho o hechos con relevancia probatoria para el proceso civil. En semejante contexto

[...] la filosofía enseña, y el sentido común patentiza, que donde quiera se presente un efecto, ha debido antes existir una causa suficiente y, al contrario, que toda causa produce sus efectos.

De aquí que pueda deducirse sin temor de engaño la existencia de la causa por la del efecto, y viceversa. Pero un mismo efecto puede provenir de muy distintas causas, y al revés, una causa produce muy diferentes efectos (López, 1879, p. 103).

Tras lo indicado, se podría afirmar que desde la perspectiva apuntada relativa a las exigencias de «carácter formal» del indicio se requiere que se exprese cuáles son los indicios que se estiman plenamente acreditados para «presumir» un determinado hecho o hechos con relevancia probatoria para el proceso civil. Por su parte, desde la perspectiva de las exigencias de «carácter material» del indicio se requiere que estén plenamente acreditados y que sean plurales o siendo único que posea una singular potencia acreditativa. También se requiere que los indicios estén interrelacionados y que cuando sean varios se refuercen entre sí. En tal sentido, «en la prueba indiciaria concurren varios indicios, o sea varios hechos indicadores y un solo indicado. Este suele recibir el nombre de *principal* y aquellos de *accesorios o circunstanciales*. Por ello, se llama también esta prueba circunstancial» (López, 1879, p. 79).

Por su parte, el segundo de los ámbitos aludidos atañe a que el indicio o indicios le permita al juez «presumir» una concreta «deducción o inferencia» en la que quede explicitado el razonamiento realizado a partir del indicio respecto del que es imprescindible el control de su racionalidad, es decir, que no solamente no sea arbitraria, absurda e infundada, sino que responda plenamente a las reglas de la lógica y de la experiencia.

En tercer término, el indicio le permite «presumir» al juez cuando de los indicios fluya, según una concreta «deducción o inferencia», el dato a acreditar siempre que exista entre el indicio y el dato a acreditar un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano.

El examen correlativo de tales exigencias supone que la presunción implica que el tribunal ha de llevar a cabo una valoración crítica y una argumentación elaborada en base al indicio ya conocido que, en modo

alguno, es una técnica de conocimiento «al primer contacto». De ahí «la importancia que la doctrina otorga a la prueba indiciaria en el desarrollo del proceso, cualquiera que éste sea, reconociendo su actitud para formar la convicción del juzgador» (Cordón, 2012, p. 44).

III. EL MEDIO DE PRUEBA

El medio de prueba es el indicio que actúa indirectamente o circunstancialmente con el fin de acreditar un determinado hecho. Que luego, y a partir del indicio el juez presuma su acreditación (la acreditación del indicio o de lo obtenido de modo indirecto o circunstancial), es sino la consecuencia consistente en que «el indicio no es susceptible de llevar al ánimo sino presunciones» (López, 1879, p. 155).

Pero, la presunción no es un medio de prueba. A decir verdad, más que un medio de prueba, la presunción es el resultado de un proceso lógico al que la Ley de Enjuiciamiento Civil le reconoce, en ciertas condiciones, la idoneidad para lograr la prueba de un concreto hecho [«à dire il vero, più che un mezzo di prova rappresentano il risultato di procedimento lógico, al quale la legge riconosce, a certe condizioni, l'idoneità a raggiungere la prova di un fatto ignoto» (Arieta, De Santis, Montesano)]. No es de extrañar que se haya propugnado la «consideración de las presunciones como método de prueba» (Alvárez, 2007, p. 45).

En la práctica, esa nueva afirmación —la presumida acerca de la certeza de otro hecho indicio— sirve para distinguir las verdaderas presunciones, que suponen la formación de nuevas afirmaciones presumidas, de las presunciones aparentes, que incluyen en la nueva afirmación otras ya comprendidas en la afirmación base.

En efecto, la presunción se sustenta en «un componente eminentemente fáctico (sería el indicio) [que] (...), ante la falta de prueba directa al respecto, resulta preciso acudir al mecanismo de la presunción, como cauce probatorio, toda vez que en virtud de aquel, se permite que el juzgador, a partir de un hecho probado o admitido en el proceso (sería el indicio), pueda presumir la certeza de otro hecho, si entre el admitido y el presunto existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano» (Loyola, 2014, pp. 307- 308). O sea, a decir del magistrado ponente Hoya, que la presunción es un

mecanismo en virtud del cual y por la existencia de un vínculo de causalidad de un hecho denominado base (sería el indicio), demostrado por otro medio de prueba, se deduce el denominado hecho consecuencia, que tiene la misma eficacia probatoria que la obtenida directamente, distinguiéndose dentro de las presunciones las denominadas legales o de derecho *praesumptiones iuris seu legis*, cuando la deducción la formula la ley, y las judiciales o de hombre *praesumptiones hominis seu iudicis*. (Lorca, 2011, p. 13).

IV. CLASES DE PRESUNCIONES

Conviene, entonces, destacar que en la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil el indicio permite «presumir» dos tipos de presunciones. De un lado, las presunciones legales y, de otro, las presunciones judiciales.

En relación con las presunciones legales o de derecho hay que tener en cuenta que «existiendo una de tales presunciones, el que la tenga a su favor sólo ha de afirmar y probar el indicio del que la ley deduce el hecho que se presume» (Schönke, 1950, pp. 204 y 205). Son presunciones legales porque es la propia ley las que las establece como sucede cuando la ley presume la legitimidad de los hijos cuando ha concurrido el indicio de su nacimiento durante el matrimonio o dentro de un determinado tiempo posterior a la ruptura matrimonial. O la archiconocida presunción constitucional de inocencia según la cual, salvo indicios de culpabilidad, se presume siempre la inocencia, básica para comprender el proceso penal en la actualidad.

La característica de las presunciones legales estriba no tanto en que «dispensan de la prueba del hecho presunto» —tal y como indica el artículo 385.1. de la Ley de Enjuiciamiento Civil— cuanto que la certeza del hecho indicio o circunstancial, del que parte la presunción, ha quedado establecido legalmente mediante su admisión. Se evita, de ese modo, que se formulen presunciones partiendo de un hecho indicio inconcreto o indeterminado lo que explica que «las presunciones establecidas por la ley admitirán la prueba en contrario, salvo en los casos en que aquélla —la ley— expresamente lo prohíba» (artículo 385.3. de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Por tanto, la presunción legal admite «prueba en contrario». Y la «prueba en contrario» puede

dirigirse tanto a probar la inexistencia del hecho presunto como a demostrar que no existe en el caso de que se trate, el enlace que ha de haber entre el hecho que se presume y el hecho probado o admitido que fundamenta la presunción» (artículo 385.2. de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

De no mediar «prueba en contrario», la viabilidad de la prueba indiciaria, indirecta o circunstancial se halla asegurada.

Por su parte, las presunciones judiciales o de hecho son las que establece el propio tribunal. En ellas y a partir de un hecho indicio admitido, el tribunal puede —es facultativo— presumir la certeza, a los efectos del proceso civil, de otro hecho o circunstancia, si entre el hecho indicio admitido o demostrado y el presunto existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano. Las denominadas «reglas del criterio humano» son las reglas de la lógica que permiten al tribunal determinar cuál es el enlace más adecuado [«preciso y directo»] al caso concreto. En concreto, «el Juez, en virtud de las máximas de experiencia, estima que se da el grado de probabilidad necesario para suponer ocurrido un hecho, y con ello como realizada su prueba (prueba prima facie)» (Schönke, 1950 p. 225).

Todo lo cual se traduce en la adopción de dos medidas. La primera, atañe a que la sentencia debe «incluir el razonamiento en virtud del cual el tribunal ha establecido la presunción» que no ha de ser ilógico, irracional ni arbitrario (artículo 386.1. de la Ley de Enjuiciamiento Civil). La segunda, en servirse de modelos de las ciencias empíricas y de los cánones de la lógica y de la metodología de las ciencias que permitan oponer la prueba en contrario por cuanto la parte perjudicada pueda probar la inexistencia del hecho presunto (artículo 386.2. de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Siendo lo relevante de las presunciones judiciales el aspecto relativo a la inferencia o enlace lógico entre los hechos indicio y consecuencia, constituyendo la pieza clave la razonabilidad de la deducción siempre que la inferencia no adolezca de ilegalidad, error, falta de lógica o arbitrariedad.

Esas presunciones judiciales eran las que se regulaban en el *Código Civil*. No en vano el «artículo 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil —sustitutorio del artículo 1.253 del código civil. actualmente derogado— [se halla] referido a las presunciones judiciales» (Picazo, 2011, p. 99).

En consecuencia, de no mediar la «prueba en contrario» de la inexistencia del hecho presunto, la viabilidad, nuevamente, de la prueba indiciaria, indirecta o circunstancial civil se halla asegurada.

BIBLIOGRAFÍA

- Arieta, G., De Santis, F. & Montesano, L. (2018). *Corso base di diritto processuale civile*. Setima edizione. Roma-Salerno: Wolters Kluwers. Cedam, pp. 141, 324, 371, 372, 409.
- Álvarez, P. (2007). *La prueba por presunciones. Particular referencia a su aplicación judicial en supuestos de responsabilidad extracontractual*. Granada p. 45.
- Cordón, J. C. (2012). *Prueba indiciaria y presunción de inocencia en el proceso penal*. Publicación del Instituto Vasco de Derecho Procesal. San Sebastián, p. 44.
- Lorca Navarrete (2011). *Jurisprudencia procesal civil comentada de las Audiencias Provinciales vascas. Estudio procesal civil de los autos y sentencias de las Audiencias Provinciales vascas a partir de la entrada en vigor de la Ley de Enjuiciamiento Civil N.º 1/2000*. Año 2001. Volumen I. Edición Instituto Vasco de Derecho Procesal. San Sebastián 2011, pp. 65, 176, 364.
- López, S. (1879). *La prueba de indicios*. (Prólogo). Madrid, pp. 75, 78, 79, 103 y 155.
- López, S. (1901). *Principios fundamentales del procedimiento civil y criminal*. Tomo II. Madrid, pp. 22, 23, 51.
- Loyola, A. M. (2014). En A. M^a. Lorca Navarrete. *Jurisprudencia procesal civil comentada de las Audiencias Provinciales Vascas. Estudio procesal civil de los autos y sentencias de las Audiencias Provinciales vascas a partir de la entrada en vigor de la Ley de Enjuiciamiento Civil N.º 1/2000*. Año 2004. Volumen IV. Edición Instituto Vasco de Derecho Procesal. San Sebastián, pp. 307- 308
- Muñoz, L. (2000) *Fundamentos de prueba judicial civil. LEC N.º 1/2000*. Editorial J. M^a. Bosch. Barcelona.
- Muñoz L. (Martes 8 de febrero de 2011). *Taxonomía indiciaria. La Ley*. Año XXXII. Número 7564.
- Muñoz L. (2016) *La prueba de indicios en el proceso judicial. Análisis para juristas, detectives, periodistas, peritos y policías. La Ley*. Wolters Kluwers. Madrid.
- Parra, J. (2007). *Manual de derecho probatorio*. 16º edición. Bogotá: Librería Ediciones del profesional.
- Picazo F. J. (2011). A. M^a. Lorca Navarrete. *Jurisprudencia procesal civil comentada de las Audiencias Provinciales vascas. Estudio procesal civil de los autos y sentencias de las Audiencias Provinciales vascas a partir de la entrada en vigor de la Ley de Enjuiciamiento Civil N.º N.º 1/2000*. Año 2001. Volumen I. Edición Instituto Vasco de Derecho Procesal. San Sebastián, p. 99.
- Schönke, A. (1950). *Derecho procesal civil*. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, pp. 204, 205 y 225.

UN BREVE ESTUDIO SOBRE LA CUESTIÓN DE LA REDUCCIÓN DE LA MAYORIDAD PENAL EN EL SISTEMA JURÍDICO BRASILEÑO

**A BRIEF STUDY ON THE MATTER OF THE REDUCTION OF THE AGE OF CRIMINAL
RESPONSIBILITY IN THE BRAZILIAN LEGAL SYSTEM**

*Rocco Antonio Rangel Rosso Nelson**

Instituto Federal de Rio Grande do Norte - IFRN / Brasil

Recepción: 14/10/2018

Aceptación: 20/12/2018

Resumen

En consecuencia del agravamiento de la violencia, en el seno de la sociedad brasileña, la cual alcanza todos los estratos sociales, desde la periferia hasta la alta clase, donde la impotencia de los órganos y entidades estatales de seguridad se presenta con claridad. El estado de inseguridad se amplía como consecuencia de un periodismo sensacionalista, de momento, que esparce terror e infla los ánimos sociales. En ese diapasón, las entidades gubernamentales recurren al Derecho Penal, como solución milagrosa, donde se busca la criminalización de más conductas y el endurecimiento de las penas. En este escenario de caos institucional frente a la violencia, que de hecho hay, que tramita la Propuesta de Enmienda a la Constitución N.º 171 de 1993, que tiene el fin de reducir la mayoría de edad penal, de 18 años a 16 años, como uno de los frentes de edad combate de la expansión de la criminalidad. La investigación, haciendo uso de una metodología de análisis cualitativo y los métodos de enfoque hipotético-

* Master en Derecho Constitucional por la Universidad Federal de Rio Grande do Norte (UFRN). Con especialización en Derecho y Ciudadanía por la Escuela Técnica Superior del Ministerio Público de Rio Grande do Norte. Tiene una especialización en Derecho Penal y Criminología por la Universidad Potiguar. Fue profesor de derecho y otros cursos de pregrado y posgrado en el Centro Universitario FACEX. Líder del Grupo de Estudio e Investigación sobre Extensión y Responsabilidad Social, vinculado a la línea de investigación «Democracia, Ciudadanía y Derechos Fundamentales» del Instituto Federal de Rio Grande do Norte-IFRN, campus Natal-Central. Catedrático de Derecho en el Instituto Federal de Rio Grande del Norte - IFRN, campus João Câmara. Autor de los libros Curso de Derecho Penal - Teoría general del delito vol. I y Curso de Derecho Penal - Teoría general de la pena vol. II.

deductivos de carácter descriptivo y analítico, tiene por línea de fondo analizar el tema de la reducción de la edad penal y su (in)adecuación a los mismos vectores axiológicos sociales esculpidos en la Constitución Federal.

Palabras clave: Ofensa a la esencia de la Constitución; Propuesta de Enmienda a la Constitución N.º 171/93; imputación penal, reducción de la mayoría de edad penal.

Abstract

As a result of the worsening violence, within Brazilian society, which reaches all social strata, from the periphery to the upper class, in which the impotence of state security organs and entities is palmar. The insecurity state expands as a result of a momentarily sensationalist journalism, that spreads horror and inflates social spirits. In that fingerboard, government entities draw on to Criminal Law, as a miraculous solution, in which criminalization of conducts and hardening of penalties are sought. In this scenario of institutional chaos opposite violence, it is dealt with in the Proposal for Amendment to the Constitution N.º 171 of 1993, with aims to reduce the age of criminal responsibility, from 18 years to 16 years as one of the age combat attempts against the spread of crime. The following study, using a qualitative analysis methodology, using the hypothetical-deductive approach methods of a descriptive and analytical nature, has the purpose to analyze the issue of the reduction of the criminal age and its (in) adaptation to the same social axiological vectors sculpted, in the Federal Constitution

Keywords: Offense to the essence of the constitution; Propuesta de Enmienda a la Constitución N.º 171/93; Criminal imputation; Reduction of the age of criminal responsibility

«Quien es capaz de hacer creer en absurdos
es capaz de hacer que usted cometa atrocidades».

Voltaire

I. DE LAS CONSIDERACIONES INICIALES

El legislador estableció en el artículo 27 del *Código Penal* una presunción legal absoluta de que los menores de 18 años no poseen capacidad para el entendimiento de la conducta criminal, quedando los mismos sujetos a legislación especial¹.

La opción por la edad de 18 años es fruto de la política criminal, que busca no contaminar al joven infractor con los efectos deletéreos de la convivencia penitenciaria, como bien se describe en el ítem 23, de la exposición de motivos del *Código Penal*, referente a la reforma de 1984:

Manteve o Projeto a inimputabilidade penal ao menor de 18 (dezoito) anos. Trata-se de opção apoiada em critérios de Política Criminal. Os que preconizam a redução do limite, sob a justificativa da criminalidade crescente, que a cada dia recruta maior número de menores, não consideram a circunstância de que o menor, ser ainda incompleto, e naturalmente anti-social na medida em que não é socializado ou instruído. O reajustamento do processo de formação do caráter deve ser cometido à educação, não à pena criminal. De resto, com a legislação de menores recentemente editada, dispõe o Estado dos instrumentos necessários ao afastamento do jovem delinqüente, menor de 18 (dezoito) anos, do convívio social, sem sua necessária submissão ao tratamento do delinqüente adulto, expondo-o à contaminação carcerária.

El menor de 18 años que practica conducta en los términos de las prescripciones criminales o de las contravenciones penales realiza el llamado acto infractor, como dispone el artículo 103 de la Ley N.º 8.069/90 (Estatuto del Niño y del Adolescente)².

-
- 1 Sobre um breve relato histórico da idade penal, aferir Maximiliano e Maximilianus Führer: «É antiga a relação da idade com o grau de responsabilidade penal. Em Roma (Lei das XII Tábuas) os menores eram classificados em púberes e impúberes, sendo que os últimos estavam sujeitos a medidas administrativas (castigatio). Em alguns momentos a responsabilidade criminal foi fixada aos sete anos de vida. Durante O primitivo Direito Bárbaro pouco importava a idade do autor do fato, já que o objetivo principal do Direito Penal era a reparação de danos. A idade somente começou a ter relevância para os alemães quando passaram a considerar também os aspectos subjetivos do delito. No Direito Canônico os impúberes, em princípio, eram inimputáveis, mas isto dependia de o juiz verificar no caso concreto o discernimento do réu. As Ordenações Filipinas adotaram um sistema semelhante. A pena era aplicada integralmente aos maiores de 20 anos, ficando ao arbítrio do julgador a redução do castigo no caso de agente maior de 17 e menor de 20 anos. Nesta hipótese, a sanção poderia ser integral se o menor demonstrasse suficiente malícia. As legislações atuais fixam o limite da responsabilidade penal de forma não harmônica, variando a idade mínima, conforme o país, de 12 a 20 anos de idade». (Führer, 2010, pp. 58 y 59).
 - 2 ECA. Artículo 103. Considera-se ato infraccional a conduta descrita como crime ou contravención penal.

En la práctica del acto infractor se podrán aplicar las siguientes medidas socioeducativas, según el artículo 112 el Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA):

- I - advertência;
- II - obrigação de reparar o dano;
- III - prestação de serviços à comunidade;
- IV - liberdade assistida;
- V - inserção em regime de semi-liberdade;
- VI - internação em estabelecimento educacional;
- VII - qualquer uma das previstas no artigo 101, I a VI.³

Se llama la atención al inciso VI, reciente es la internación en establecimiento educativo, la cual perdurará por el plazo máximo 3 años, con reevaluación del comportamiento cada 6 meses.

En el intersticio entre la publicación del *Código Penal* de 1940 y el Estatuto del Niño y del Adolescente de 1990, se suceden diversas Constituciones, habiendo, con la *Constitución* ciudadana de 1988, el proceso de constitucionalización de los derechos del niño y del adolescente, el criterio de la minoridad penal, inferior a 18 años de edad (ya adoptado por el *Código Penal*), como límite a la imputabilidad penal y, consecuentemente, de la apreciación de la culpabilidad delictiva, en los términos del artículo 228 de la *Constitución*:

Artículo 228. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial.

Sin embargo, con los medios tecnológicos de acceso a la información hubo, sin duda un proceso de maduración y concientización del joven, en un nivel superior del adolescente de la década de 1940.

3 ECA. Artículo 101. Verificada qualquer das hipóteses previstas no artigo 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas:

- I - encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade;
- II - orientação, apoio e acompanhamento temporários;
- III - matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental;
- IV - inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente;
- V - requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial;
- VI - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos

Se agrega a ello un creciente índice de violencia, el cual sólo ha aumentado, década tras década, advirtiéndose un aumento de los actos infractores perpetrados por niños y adolescentes, no sólo en cantidad, sino también en gravedad.

Con el periodismo policial que explora de forma sensacionalista⁴, y que, por lo que respecta a las mejores razones de la norma constitucional y legal, se tiene un estado de inseguridad de terror extremadamente potenciado.

En razón a ello es que se recurre a las nuevas proposiciones, en materia penal, de carácter demagógicas, donde se imputa al Derecho penal la culpa por la blandura de sus penas, propugnando por un Estado de excepción, donde la pena sería aplicada con el rigor máximo de formar intimidar al «bandidaje».

En un plexo de variables determinantes para la conducta criminal y para los actos infractores, se vende la idea de que la solución de que debe haber más conductas criminalizadas y de penas más duras.

Es en este execrable contexto de un claro Derecho Penal simbólico que tiene en trámite, de forma más avanzada, la Propuesta de Enmienda a la Constitución N.º 171/92, que altera la redacción del artículo de la *Constitución Federal*, reduciendo la edad penal a 16 años, ventilándose, así la idea de que la aplicación de la sanción penal, en lugar de la sanción prevista por el Estatuto del Niño y del Adolescente, contendría el alza de las estadísticas referente a la violencia perpetrada por adolescentes de entre 16 y 18 años.

Es innecesario resaltar el debate hercúleo que la temática de la reducción de la edad penal genera en los ámbitos político, académico, jurídico y en el seno de la población.

Se destaca, que en una investigación simple, en el sitio de la Cámara de Diputados, se localizó, entre propuestas archivadas y en trámite, la «bagatela» de 52 propuestas de enmienda a la *Constitución* alterando de

4 «Alardeia-se pela mídia, sem dados, a criminalidade do menor de dezoito anos, dentro de uma visão tacanha da 'lei e da ordem', que de má ou boa-fé crê resolver a questão da criminalidade com repressão penal, como se por um passe de mágica a imputabilidade aos dezesseis anos viesse a reduzir comodamente, sem políticas sociais, a criminalidade». (Reale, 2004, p. 213). Entendiendo que para los medios de comunicación la criminalidad de los niños menores de dieciocho años se resuelve «mágicamente» y sin políticas sociales, reduciendo la imputabilidad a la edad de dieciséis años.

alguna forma la redacción del artículo 228 de la Constitución Federal, ya sea reduciendo la edad penal para 16 años⁵; otro la reducción sería para 12 años⁶; ya, en otras, sería para 14 años la edad penal⁷; se propugnó que la imputabilidad penal fuera determinada por el magistrado, en el caso concreto⁸; que la imputabilidad fuera determinada por una junta médica, en los términos de la ley⁹; en cierta propuesta, la imputabilidad, cuando sea de menores de 18 años sería determinada cuando se dé la reincidencia¹⁰; por fin en otros la reducción de la edad a 16 años en caso se cometan crímenes específicos, como crímenes hediondos.¹¹

Haciendo uso de una metodología de análisis cualitativa y utilizando los métodos de abordaje hipotético-deductivos de carácter descriptivo y analítico, se buscará hacer una apreciación de la incompatibilidad normativa de la Propuesta de Enmienda a la Constitución N.º 171/93 con los principios fundamentales de la Constitución Federal de 1988, resaltando el carácter simbólico de dicha propuesta, así como del aumento del desarraigo estatal, en el caso de la reducción de la edad penal a 16 años.

II. CONTEXTUALIZACIÓN DEL NÚCLEO DE LA CONTIENDA

Se reafirma el hecho de que la inmadurez natural referente a la edad de 18 años genera acaloradas querellas, viniendo actualmente a dividir a la sociedad en cuanto a la cuestión de la reducción de la mayoría de edad de 18 a 16 años, debido al aumento vertiginoso de actos infractores de carácter violento, siendo explotados masivamente por los medios, donde la aplicación de las medidas socioeducativas esculpidas en el ECA están deseando frente a ese anhelo del deseo de «venganza social».¹²

5 Por ejemplo: PEC N.º 426/96; PEC N.º 167/1999; PEC N.º 37/1995; PEC N.º 260/2000; PEC N.º 633/1999; PEC N.º 531/1997; PEC N.º 91/1995; PEC N.º 133/1999; PEC N.º 179/2003.

6 PEC N.º 302/13; PEC N.º 345/2004; PEC N.º 137/2003.

7 PEC N.º 169/1999; PEC N.º 242/2004; PEC N.º 399/2009.

8 PEC N.º 125/07; PEC N.º 73/2007; PEC N.º 489/2005.

9 PEC N.º 321/2001.

10 PEC N.º 309/2004.

11 PEC N.º 95/92

12 «Tal presunção, nos dias de hoje, tem gerado revolta na sociedade, que presencia, com impressionante frequência, menores de 18anos praticando toda sorte de injustos penais, valendo-se, até mesmo, da certeza da impunidade que a sua particular condição lhe proporciona. O argumento de que ao inimputável por imaturidade natural que pratica um ato infracional

El debate jurídico que impregna las corrientes conflictivas entre la reducción o no de la mayoría de edad penal tiene en su interior un embate sobre cuál es la naturaleza jurídica de la norma constitucional prescrita en el artículo 228 de la *Constitución Federal*: «Son penalmente enemigables los menores de dieciocho años, sujetos a las normas de la legislación especial».

La corriente contraria a la reducción de la mayoría de edad argumenta que el contenido normativo del artículo 228 de la *Constitución* es un derecho individual fundamental, de tal suerte, se constituye en una cláusula pétrea (artículo 60, §4º de la Constitución)¹³, que es uno de los límites materiales para la reforma constitucional.

El ala que propugna por la reducción de la mayoría de edad penal a los 16 años no vislumbra como derecho fundamental del individuo la materia vehiculada en el artículo 228, pues se encuentra fuera del rol del artículo 5 de la *Constitución* (título II - de los derechos y garantías fundamentales), donde el constituyente originario destinó específicamente a los derechos y deberes individuales. De tal manera, sería posible la reducción de la mayoría de edad penal que enmendar la Constitución en su disposición 228.¹⁴

En estos términos es defensor el profesor Guilherme de Sousa Nucci (2009):

A única via para contornar essa situação, permitindo que a maioridade penal seja reduzida, seria através de emenda constitucional, algo perfeitamente possível, tendo em vista que, por clara opção do constituinte, a responsabilidade penal foi inserida no capítulo *da família, da criança, do adolescente e do idoso*, e não no contexto dos direitos e garantias individuais (Capítulo I, artículo 5º, CF).

será aplicada uma medida socioeducativa, nos termos previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei N.º 8.069/90), não tem o condão de convencer a sociedade, que cada dia pugna pela redução da maioridade penal para os 16 anos». (Greco, 2011, p. 388).

«Outro ponto profundamente negativo no ECA é a internação máxima por três anos, desprezando-se inclusive o exame criminológico para aferição da cessação ou não da periculosidade. Tal liberalidade representa séria ameaça à coletividade. Imagine-se, apenas para argumentar, um garoto de 13 anos que matou 10 pessoas. Após três anos ele será colocado em liberdade, sob a vigilância dos 'pobres e impotentes' educadores de rua! O que fatalmente ocorrerá é que esse menor reincidirá no infracional». (Fernandes y Fernandes, 2012, p. 432).

13 *Constituição Federal*. Artículo 60. § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

- I - a forma federativa de Estado;
- II - o voto direto, secreto, universal e periódico;
- III - a separação dos Poderes;
- IV - os direitos e garantias individuais.

14 Aferir proposta de emenda à constituição de N.º 171 de 1993 que propõe pela redução da maioridade penal, a qual está em trâmite a 22 anos.

Não podemos concordar com a tese de que há direitos e garantias humanas fundamentais soltos em outros trechos da Carta, por isso também *cláusulas pétreas*, inseridas na impossibilidade de emenda prevista no artículo 60, § 4º, IV, CF, (...). (pp. 295-296).¹⁵

Así, también, enseña el profesor Rogério Greco (2011):

Apesar da inserção no texto de nossa Constituição Federal referente à maioria penal, tal fato não impede, caso haja vontade política para tanto, de ser levada a efeito tal redução, uma vez que o mencionado artículo 228 não se encontra entre aqueles considerados irreformáveis, pois não se amolda ao rol das cláusulas pétreas elencadas nos incisos I a IV, do § 4º, do artículo 60 da Carta Magna. A única implicação prática da previsão da inimputabilidade penal no texto da Constituição Federal é que, agora, somente por meio de um procedimento qualificado de emenda, a menoridade penal poderá ser reduzida, ficando impossibilitada tal redução via lei ordinária. (p. 389)

Es éste, también, el entendimiento de Miguel Reale Junior (2004):

Entendo que não constitui regra pétrea não por não estar o dispositivo incluído no artículo 5º da Constituição Federal, referente aos direitos e garantias individuais mencionados no artículo 60, IV, da Constituição. Não é a regra do artículo 228 da Constituição Federal regra pétrea, pois não se trata de um direito fundamental ser reputado penalmente inimputável até completar dezoito anos. A medida foi adotada pelo Código Penal e depois pela Constituição Federal em face do que se avaliou como o necessário e conveniente, tendo em vista atender aos interesses do adolescente e da sociedade. (p. 212)¹⁶

Se llama atención que en el parecer de la comisión de constitución y justicia y ciudadanía de la Cámara de Diputados del 31 de marzo de 2015, la cual validó la propuesta de enmienda a la *Constitución* N.º 171 de 1993, cuando la cuestión del artículo 228 ser cláusula pétrea sostuvo que la misma no se

15 «Por isso, a maioria penal, além de não ser direito fundamental em sentido material (não há notícia de reconhecimento global nesse prisma), também não o é no sentido formal. Assim, não há qualquer impedimento para emenda constitucional suprimindo ou modificando o artículo 228 da Constituição. Não se pretende, com tal modificação, combater a criminalidade, como muitos pensam. De fato, não é a redução da maioria penal que poderá solucionar o problema do incremento da prática delitativa no País, embora seja recomendável que isso seja feito para adaptar a lei penal à realidade. O menor de 18 anos já não é o mesmo do início do século, não merecendo continuar sendo tratado como uma pessoa que não tem noção do caráter ilícito do que faz ou deixa de fazer, sem poder conduzir-se de acordo com esse entendimento». (Nucci, 2009, p. 296).

16 Destaca-se que o professor Miguel Reale, apesar de entender que a regra do artículo 228 da Constituição Federal, não constitui uma cláusula pétrea, tornando-a, assim, suscetível a modificação, não entende por conveniente a redução da idade penal de 8anos, por uma questão de política criminal. (Véase Reale, M. *Instituições de Direito Penal* – parte geral. 2º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. V. I, p. 212).

encuadra en ninguna hipótesis de los incisos del § 4º del artículo 60 de la Constitución.¹⁷

Hay una corriente, intermediaria, por así decirlo, que vislumbra la posibilidad de la reducción de la edad de 18 años a 16 años, ya que algunos consideran que no se está aboliendo un derecho fundamental, sino que lo modifica. Es decir, para esa vertiente el límite de edad, en lo que se refiere a la responsabilidad penal, sería un límite garantista al *ius puniendi* estatal, sólo siendo límite material, la enmienda constitucional, su abolición y no su modificación.¹⁸

De tal suerte, desde que la actividad del poder constituyente derivado no manche el núcleo esencial de la cláusula pétrea, maculando su esencia, no habría impedimento a su modificación, no constituyéndose así la cláusula pétrea en algo intangible. En estos términos, el núcleo duro de la normatividad del artículo 228 de la Constitución Federal está en la limitación de una edad penal, siendo la edad, en sí, un elemento modificable, a partir de los nuevos valores y realidad social.

El Estatuto de Roma, en el que Brasil es signatario,¹⁹ que establece el Tribunal Internacional Penal, en su artículo 26, que la edad penal es de 18 años:

Artículo 26. O Tribunal não terá jurisdição sobre pessoas que, à data da alegada prática do crime, não tenham ainda completado 18 anos de idade.

Recuerda al profesor Cezar Roberto Bitencourt (2010, p. 415), que en *el Código Penal* español de 1996, uno de los más modernos de los países europeos, se elevó la edad del menor de 16 años a 18 años.²⁰

17 Disponible en: <https://bit.ly/2LdynkY>

18 «(...) para nós é possível a redução de 18 para 16 anos, uma vez que apenas não se admite a proposta de emenda (PEC) tendente a abolir direito e garantia individual. Isso não significa, como já interpretou o STF, que a matéria não possa ser modificada.

Reduzindo a maioridade penal de 18 para 16 anos, o direito à inimputabilidade, visto como garantia fundamental, não deixará de existir.

A sociedade evoluiu, e, atualmente, uma pessoa com 16 anos de idade tem total consciência de seus atos, tanto é que exerce os direitos de cidadania, podendo propor a ação popular e votar. Portanto, em nosso entender, eventual PEC que reduza a maioridade penal de 18 para 16 anos é totalmente constitucional. O limite de 16 anos já está sendo utilizado e é fundamentado no parâmetro do exercício do direito de votar e à luz da razoabilidade e maturidade do ser humano (Lenza, 2014, pp. 1357-1358).

19 Decreto N.º 4.388, de 25 de setembro de 2002 – promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional.

20 Francisco Muñoz Conde, ya en los años 80 criticaba la brecha en el sistema legal español con respecto a una ley penal para los menores, donde se utilizan medidas reeducativas en lugar de la sanción: «A falta de um Direito Penal específico para jovens delinquentes (de 16 a 21

Se destaca, además, la prescripción del artículo 50 del *Código Penal Militar*²¹ que reconoce la imputabilidad del menor de 18 años y mayor de 16 años cuando se comprobó la capacidad de entendimiento como de la ilicitud de la conducta perpetrada, aplicando, sin embargo, la pena de forma disminuida. Basta decir que dicho dispositivo no fue recibido por la Constitución de 1988, no manifestando eficacia.

Genival Veloso (2008) es refractario la idea de reducción de la mayoría de edad penal, apuntando el equívoco de analizar la figura del criminal por la edad. Sobre la temática así diserta:

Ultimamente, quase de maneira obstinada, vem-se tentando reduzir a inimputabilidade para 16 anos, justificando-se pela mudança de mentalidade que o jovem brasileiro sofreu nestes últimos anos. Mesmo assim, é evidente que não compartilhamos com essa idéia, pois o que se pretende não é comprometer-lo com a nova realidade ou antecipar-lhes a responsabilidade, mas tão-só «mandá-los mais cedo para a cadeia». O fato de encarar a criminalidade pelo prisma da idade é um equívoco. Outro fato propalado pelos defensores do endurecimento das medidas aos jovens infratores é o aumento do tempo de internamento, hoje fixado em três anos, com limite em 21 anos de idade para sua liberação. Se analisarmos melhor, veremos que, para um adulto cumprir uma pena em penitenciárias por 3 anos, teria ele sua pena situada em tomo de 18 anos de reclusão, e depois de cumprido 1/6 da pena terá o direito de deixar o cárcere. Três anos de internamento para um adolescente é tempo bastante para se fazer algo de bom em favor de sua ressocialização e reintegração nos meios familiar e social.

(...)

Certo é que o jovem e mesmo a criança têm o necessário discernimento de saber desde cedo que muitas coisas são reprováveis como furtar ou matar. E por que não submetê-los também ao rigor da legislação penal? Por um fato muito simples: é inconveniente e perverso colocar essas crianças e esses adolescentes no mesmo sistema penitenciário. Resulta inconvenientes aos programas de prevenção e repressão da criminalidade: submetê-los a um sistema que já é inviável e ineficaz para os próprios adultos.

anos) é uma das mais lamentáveis lacunas do ordenamento jurídico espanhol. A Proposta de Anteprojeto de 1983 fixa a maioridade penal em 18 anos (artículo 22, § 39) e prevê a adoção de medidas reeducativas substitutivas da pena para menores entre dezoito e vinte e um anos (artículo 99) e a criação de um Direito Penal juvenil». (Muñoz, 1988, p. 140).

21 Código Penal Militar. Artículo 50. O menor de dezoito anos é inimputável, salvo se, já tendo completado dezesseis anos, revela suficiente desenvolvimento psíquico para entender o caráter ilícito do fato e determinar-se de acordo com este entendimento. Neste caso, a pena aplicável é diminuída de um terço até a metade.

O que está faltando é o cumprimento das regras constitucionais em favor da criança e do adolescente, por meio de políticas sociais apropriadas em que eles possam desenvolver-se normalmente. A verdade é que não existem políticas públicas para dar a estes adolescentes oportunidades de vida. (Franca, p. 433).²²

Contra el habla, arriba presentada, es difícil rebatir frente a la lógica irretroquible y del sentido de humanidad que se siente.

III. POR UN DISCURSO REFRACTARIO LA REDUCCIÓN DE LA EDAD PENAL

3.1. De los estatus de los derechos fundamentales: el desarrollo de la función limitadora de la Constitución

Jellinek explicita los cuatro estatus de los derechos fundamentales: estado pasivo, estado activo, estado negativo y estatus positivo.²³

Es de importancia nuclear, la temática hora propuesta, la figura del estatus negativo²⁴, la cual se refiere a un espacio de libertad del que goza el individuo contra las injerencias de la actividad estatal.

De tal suerte, los derechos fundamentales esculpidos en la carta constitucional serían limitadores de la actuación estatal, con relación al ciudadano, envolviéndose en arbitrariedad cuando no es respetada.

22 «Os adolescentes são muito mais vítimas de crimes do que autores, contribuindo este fato para a queda da expectativa de vida no Brasil, pois se existe um «risco Brasil», este reside na violência da periferia das grandes e médias cidades. Dado impressionante é o de que 65 % dos infratores menores vivem em família desorganizada, junto com a mãe abandonada pelo marido, que por vezes tem filhos de outras uniões também desfeitas, e lutam para dar sobrevivência à sua prole. (Reale, 2004, p. 213)».

23 «No final do século XIX, Jellinek desenvolveu a doutrina dos quatro status em que o indivíduo pode encontrar-se em face do Estado. Dessas situações, extraem-se deveres ou direitos diferenciados por particularidades de natureza». (Mendes, Coelho y Branco, 2009, p. 289).

24 «O status negativo em sentido *estrito* e original de Jellinek diz respeito exclusivamente a liberdades jurídicas não-protégidas. O status negativo em sentido *amplo* —que extrapola a sistemática de Jellinek— diz respeito aos direitos a ações negativas do Estado (direitos de defesa), que protegem o status negativo em sentido *estrito*. Ao status positivo em sentido *amplo* pertencem direitos tanto a ações positivas quanto a ações negativas. Já ao status positivo em sentido *estrito* pertencem somente direitos a ações positivas. As conseqüências sistemáticas dessa divisão para o sistema de Jellinek são simples e claras. Os direitos que são acrescentados ao status negativo em sentido *estrito* para que se possa convertê-lo em um status negativo em sentido *amplo* (direitos de defesa) são uma subespécie dos direitos do status positivo em sentido *amplo*». (Alexy, 2008, p. 267).

Es decir, las normas constitucionales, tenidas como derechos fundamentales, serían un haz de derechos constituyentes de un nivel ético mínimo civilizatorio, donde cualquier norma infraconstitucional que así no se subsuma a ese ámbito ético basilar será una norma eivada con la inconstitucionalidad, debiendo tener su propia la invalidez decretada, siendo expurgada del sistema jurídico vigente.

3.2. De la constitucionalización del derecho de los niños y adolescentes

En vista de la doctrina de la protección integral, que permeó la década de 1980, fruto de las normativas de las Naciones Unidas, se tiene con la *Constitución* de 1988 la constitucionalización de premisas normativas en lo que concierne al bojo del derecho de los niños y adolescentes.

Es decir, tiene un microsistema jurídico de protección a los niños y a los adolescentes, sean ellos menores infractores o no, constituyendo un haz normativo protectivo que limita la intervención Estatal y al mismo tiempo acarrea el deber del Estado en relación a la prestación positiva, generando derecho subjetivo a los niños y adolescentes.

Es con ese alcance que se dio la redacción del artículo 227 de la *Constitución Federal*, con destaque a su § 3º:

Artículo 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

§ 3º O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos:

I - idade mínima de quatorze anos para admissão ao trabalho, observado o disposto no artículo 7º, XXXIII;

II - garantia de direitos previdenciários e trabalhistas;

III - garantia de acceso do trabalhador adolescente e jovem à escola;

IV - garantia de pleno e formal conocimiento da atribuição de ato infracional, igualdadade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado, segundo dispuser a legislação tutelar específica;

V - obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade;

VI - estímulo do Poder Público, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, nos termos da lei, ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado;

VII - programas de prevenção e atendimento especializado à criança, ao adolescente e ao jovem dependente de entorpecentes e drogas afins.

En el artículo anterior de la *Constitución* se tiene un conjunto de derechos fundamentales específicos a la persona vulnerable, que es el niño y el adolescente, los cuales vienen por agregar, y no excluir, los demás derechos fundamentales de la persona humana, como, vg, los encampados en el mismo, el arte 5 de la Carta Constitucional.

Es con ese espíritu de protección integral, impregnado en la norma constitucional, destinado a las personas de los niños y adolescentes, los cuales están en proceso de formación y maduración, que se concibe la inimputabilidad penal de los menores de 18 años como un derecho fundamental, de estatus negativo, de los niños y de los adolescentes, como poder de castigar al Estado.

Es fundamental destacar que la Constitución brasileña es vanguardista en varios aspectos, uno de ellos es exactamente la especificación cronológica de la inimputabilidad como garantía constitucional, no habiendo un dispositivo similar en las Constituciones brasileñas pasadas.

Não se pactua com o entendimento de que os direitos fundamentais se restringem ao âmbito do artigo 5º da Constituição,²⁵ só ficando o Estado limitado em sua intervenção, na esfera de espaço do cidadão, ao conteúdo desse artigo, pois a essência máxima das Constituições modernas, pós-revolução francesa, é a limitação do poder estatal, pois esse sempre tendeu abusar, formando, ao longo da história direitos valorados como fundamentais.

La libertad es un derecho como prerrogativa fundante del ciudadano. El artículo 228 de la *Constitución* está limitando la intervención del Estado en esa esfera de libertad, al impedir el castigo penal a menores de 18 años. No se vislumbra como esa normatividad del artículo 228 no puede considerarse un derecho fundamental.

En ese sentido corrobora el pensamiento de Karyna Batista Sposato (2011):

25 «A propósito, foi dito que apesar de as normas (arts. 227 e 228) se encontrarem no Capítulo VII do Título VIII da Constituição, não há como negar-lhes a natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias fundamentais». (Canotilho, Leoncy, Mendes, Sarlet y Streck, 2013, p. 2138).

(...) não é necessário que o direito ou garantia individual esteja expressamente descrito no artículo 5º da CF/1988 para impedir a deliberação da proposta. Basta que esteja no texto constitucional como um direito ou garantia que diga respeito diretamente à vida, à liberdade, à igualdade e até mesmo à propriedade, e que no *caput* do citado artículo 5º venha reforçado por uma cláusula de inviolabilidade. (p. 671).

Dotti (2010), sobre la inimputabilidad como garantía fundamental aduce:

A inimputabilidade assim declarada constitui uma das garantias fundamentais da pessoa humana, embora topograficamente não esteja incluída no respectivo Título (II) da Constituição que regula a matéria. Trata-se de um dos *direitos individuais* inerentes à relação do artículo 5º, caracterizando, assim, uma *cláusula pétrea*. Consequentemente, a garantia não pode ser objeto de emenda constitucional visando à sua abolição para reduzir a capacidade penal em limite inferior de idade —dezesesseis anos, por exemplo, como se tem cogitado. A isso se opõe a regra do § 4º, IV, do artículo 60 da CF. (p. 496).

También, no se refiere la llamada «corriente intermedia», el cual defiende la reducción de la mayoría de edad penal a 16 años, pues no se trata de abolir el derecho fundamental, sino modificarlo.

Cuando se propugna la reducción de la mayoría de edad penal para una edad inferior a 18 años se está dañando el núcleo duro de esa cláusula pétrea, pues por más que no se esté aboliendo, se está ampliando considerablemente la esfera de injerencia penal del Estado en el ámbito de libertad del ciudadano.

Con ese simple simplismo de afirmar la tesis de la reducción de la imputabilidad penal a 16 años, pues no se estaría por abolir, sino sólo por modificar, se pregunta, ¿por qué no reducir a 14 años, como en algunos países de Europa? ¿Y por qué no para 12 años? Si redujo la edad penal a 8 años no se elimina la premisa garantista constitucional, sino sólo se modifica.

En este caso, el argumento de la argumentación jurídica, en el caso en tela, de hecho sería válido cuando se propugna por el aumento de la edad penal, como por ejemplo, 21 años, pues en ese caso, el núcleo duro del derecho fundamental estaría siendo de hecho respetado, porque se iba a aumentar aún más el alcance del poder de persecución penal, siendo concordante con la doctrina de la protección integral que inspiró el proceso de constitucionalización del derecho de los niños y de los adolescentes.

Se asocia las palabras de Jorge Figueiredo Dias (2007), cuando diserta que la barrera etarea para intervención penal del Estado se da por una cuestión de humanidad:²⁶

(...) a colocação desta barreira etária intransponível à intervenção penal funda-se - em estrita perspectiva político-criminal - em um **princípio de humanidade** que deve caracterizar todo o direito penal de um Estado de direito material. Deve evitar-se a todo o custo a submissão de uma criança ou adolescente às sanções mais graves previstas no ordenamento jurídico e ao rito do processo penal, pela estigmatização que sempre acompanha a passagem pelo corredor da justiça penal e pelos efeitos extremamente gravosos que a aplicação de uma pena necessariamente produz ao nível dos direitos de personalidade do menor, marcando inevitavelmente o seu crescimento e toda a sua vida futura. Ao que acrescem outras razões. Por um lado, a necessidade —a que o nosso CP oferece base legal no artículo 20°— 3 e que, como vimos no § 51, é directamente relevante para outros efeitos—de *compreensão da pena* pelo agente e, consequentemente, de poder ser por ela *influenciado* no sentido da sua socialização. E, por outro lado, mas na mesma direcção, a inidoneidade da pena, especialmente da pena de prisão, para realizar essa finalidade de (re)socialização do delinquente menor. É em relação aos menores, dado serem particularmente influenciáveis e se encontrarem numa situação de especial vulnerabilidade, que mais se fazem sentir os efeitos criminógenos da pena de privação da liberdade, que, as mais das vezes, não promoverá a sua reinserção social, mas poderá antes contribuir para a sua dessocialização, integrando-os definitiva e irremediavelmente no «mundo do crime». (pp. 595 y 596).

3.2.1. Del nivel constitucional de la Convención sobre derechos del niño - integrante del bloque de constitucionalidad

La materia sobre tratados internacionales sufrió un nuevo modelado a partir de la reforma promovida por la Enmienda Constitucional N.º 45/04, la cual se conoció como «reforma del poder judicial», añadiendo el § 3º, en el artículo 5º, con la siguiente prescripción:

Artículo 5. (...)

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

26 Poderiam questionar a validade da presente citação, tendo em vista que no sistema jurídico penal português adota-se a idade penal de 16 anos, a mesma propugnada na PEC N.º 171/93. Todavia, deve-se lembrar que a inimputabilidade penal cronológica não fora elevada ao status constitucional.

Además, en 2006, por medio del Recurso Extraordinario N.º 466.343 / SP, el Supremo Tribunal Federal (STF) completa ese proceso de rediseño del derecho de los tratados. En adelante, es fundamental definir la figura del tratado internacional.

El tratado internacional sería un acuerdo escrito entre los Estados u organizaciones internacionales sobre un asunto de interés común, regido por el Derecho internacional, que puede contener dos o más documentos, como anexos y protocolos, donde éstos auxilian en la reglamentación del documento principal.²⁷

Los tratados internacionales, así es conceptuado por Valério Mazzuoli (2007):

(...). Portanto, sob o aspecto que ora nos ocupa, entende-se por tratado todo acordo formal, concluído entre os sujeitos de Direito Internacional Público, regido pelo direito das gentes e visando à produção de efeitos de direito para as partes contratantes. (p.133)

En la jurisprudencia del STF, la consolidación de la teoría de la equivalencia legislativa entre los tratados internacionales y las leyes ordinarias, es decir, los tratados internacionales, ratificados por el Congreso Nacional, adentraron en el sistema jurídico brasileño con estatus de ley ordinaria. Esta teoría prevaleció por más de tres décadas en la jurisprudencia del STF.

A partir de una decisión, en el marco de un recurso extraordinario (RE N.º 466343/SP, rel. Min. Cezar Peluso, 22.11.2006)²⁸, al tratar de la prisión

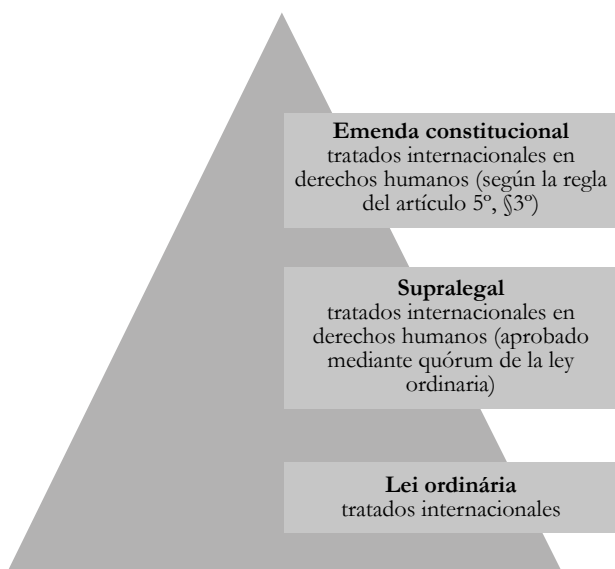
27 Assim encontra-se definido a figura do tratado na Convenção de Viena sobre o direito dos tratados, firmado em 1969: «tratado' significa um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica».

28 «Em seguida, o Min. Gilmar Mendes acompanhou o voto do relator, acrescentando aos seus fundamentos que os **tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil possuem status normativo supralegal, o que torna inaplicável a legislação infraconstitucional com eles conflitantes, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação e que, desde a ratificação, pelo Brasil, sem qualquer reserva, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (artículo 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (artículo 7º, 7), não há mais base legal para a prisão civil do depositário infiel.** Aduziu, ainda, que a prisão civil do devedor-fiduciante viola o princípio da proporcionalidade, porque o ordenamento jurídico prevê outros meios processuais-executórios postos à disposição do credor-fiduciário para a garantia do crédito, bem como em razão de o DL 911/69, na linha do que já considerado pelo relator, ter instituído uma ficção jurídica ao equiparar o devedor-fiduciante ao depositário, em ofensa ao princípio da reserva legal proporcional. Após os votos dos Ministros Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Carlos Britto e Marco Aurélio, que também acompanhavam o voto do relator, pediu vista dos autos o Min. Celso de Mello». (RE-466343) (Ênfasis agregado). Informativo N.º 449, de 20 a 24 de novembro de 2006 do STF. (Ênfasis agregado).

civil del depositario infiel, previsto en el artículo 5, LXVII y su análisis conforme a la Convención Americana de Derechos Humanos, reconoció que tratados internacionales de derechos humanos que no fueron aprobados con el quórum de 3/5, en dos turnos, en cada casa del congreso (procedimiento respectivo de las enmiendas constitucionales) portar el estatus normativo de supralegalidad. Es decir, arriba en la ley ordinaria y por debajo de la norma constitucional.

De tal suerte, en materia de tratados internacionales, se tienen las siguientes equivalencias: tratados internacionales que no sean de derechos humanos se adhieren al nivel de ley ordinaria; los tratados internacionales de derechos humanos que cumplen la regla del artículo 5º, §3 de la Constitución, tendrían estado de enmiendas a la constitución; por último, tratados internacionales de derechos humanos, no aprobados según los trámites de enmienda constitucional, tendrían el porte de dispositivos supraleales.

Figura 1. Jerarquía de los dispositivos normativos.



Fuente: Elaboración propia.

Se dice que hasta la presente fecha, el único tratado / convención internacional ratificado según la regla constitucional del artículo, en el caso de las personas con discapacidad y su protocolo facultativo, firmados en Nueva York, el 30 de marzo de 2007, es promulgado a través del Decreto N.º 6.949 / 09.

Recordar la enseñanza de la profesora Flávia Piovesan, quien, al interpretar el § 2º del artículo De la Constitución Federal, entiende que los tratados internacionales de protección a los derechos humanos, independientemente del quórum de aprobación ser de Enmienda Constitucional, vienen por incorporarse al sistema jurídico brasileño con estatus de norma constitucional en cara, entre otras cosas, del carácter materialmente constitucional de los derechos fundamentales, viniendo tales tratados, especialmente aquellos anteriores a la EC N.º 45/04, a componer el bloque de constitucionalidad del orden brasileño.²⁹

Sigue a lapidar lección de la profesora Flávia Piovesan (2015):

Ao efetuar a incorporação, a Carta atribui aos direitos internacionais uma natureza especial e diferenciada, qual seja, a natureza de norma constitucional. Os direitos enunciados nos tratados de direitos humanos de que o Brasil é parte integram, portanto, o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados. Essa conclusão advém ainda de interpretação sistemática e teológica do Texto, especialmente em face da força expansiva dos valores da dignidade humana e dos direitos fundamentais, como parâmetros axiológicos a orientar a compreensão do fenômeno constitucional. (p. 124).

En esta óptica interpretativa, la Convención sobre los Derechos del Niño, promulgada por el decreto N.º 99.710 / 90, tendría estatus de norma constitucional, independientemente de la obediencia del quórum calificado, determinado en el artículo. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo de la Constitución, constituyendo el plexo de derechos fundamentales teniendo en cuenta el carácter especial de esos tratados que remite diversas obligaciones entre el Estado y el ciudadano, en atención al principio de la prevalencia de la norma más favorable, consolidando así la visión Constitución como un orden jurídico fundamental abierto.

Además, por tratarse de derechos y garantías fundamentales de la persona, la Convención, supra, tiene aplicación inmediata, de conformidad con el artículo de la Constitución Federal, lo que acarrea la innecesidad de legislación infraconstitucional para darle eficacia, ya constituyendo, desde ahora, derecho subjetivo del ciudadano pasible de exigibilidad.

29 «A Constituição de 1988 recepciona os direitos enunciados em tratados internacionais de que o Brasil é parte, conferindo-lhe natureza de norma constitucional. Isto é, os direitos constantes nos tratados internacionais integram e complementam o catálogo de direitos constitucionalmente previsto, o que justifica estender a esses direitos o regime constitucional conferido aos demais direitos e garantias fundamentais». (Piovesan, 2015, p. 124).

A incorporação automática do Direito Internacional dos Direitos Humanos pelo direito brasileiro —sem que se faça necessário um ato jurídico complementar para sua exigibilidade e implementação— traduz relevantes consequências no plano jurídico. De um lado, permite ao particular a invocação direta dos direitos e liberdades internacionalmente assegurados, e, por outro, proíbe condutas e atos violadores a esses mesmos direitos, sob pena de invalidação. Consequentemente, a partir da entrada em vigor do tratado internacional, toda norma preexistente que seja com ele incompatível perde automaticamente a vigência». Ademais, passa a ser recorrível qualquer decisão judicial que violar as prescrições do tratado —eis aqui uma das sanções aplicáveis na hipótese de inobservância dos tratados (Piovesan, 2015, p. 156).³⁰

3.2.2. Principios constitucionales sensibles

En el marco de la Convención sobre los Derechos del Niño (Decreto N.º 99.710 / 90), sin mayores asombros se trata de una materia clasificada como de derechos humanos, que tiene el estatus de los derechos humanos, principio constitucional sensible.

Artículo 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para:

VII - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais:

- a) forma republicana, sistema representativo e regime democrático;
- b) direitos da pessoa humana;**
- c) autonomia municipal;
- d) prestação de contas da administração pública, direta e indireta.
- e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde. (Ênfasis agregado).

De tal suerte, sólo se puede reconocer como derecho de la persona humana con edad inferior a 18 años de ser procesado y responsabilizado por una legislación especial, distinta de aquella aplicada a los mayores de 18 años (Sposato, 2011, p. 672).

30 «Em outras palavras, não será mais possível a sustentação da tese segundo a qual, com a ratificação, os tratados obrigam diretamente aos Estados, mas não geram direitos subjetivos para os particulares, enquanto não advém a referida intermediação legislativa. Vale dizer, toma-se possível a invocação imediata de tratados e convenções de direitos humanos, dos quais o Brasil seja signatário, sem a necessidade de edição de ato com força de lei, voltado à outorga de vigência interna aos acordos internacionais». (Piovesan, 2015, p. 156).

3.3. De la normatividad constitucional simbólica de la Propuesta de Enmienda Constitucional (PEC) N.º 171/93

Marcelo Neves escribe sobre el constitucionalismo simbólico, a partir de la teoría tricotómica de Kindermann, diserta que el contenido de la legislación simbólica versa sobre la confirmación de valores sociales; demostración de la capacidad de acción del Estado; y la postergación de soluciones de conflictos sociales a través de comportamientos dilatorios (Neves, 2007, p. 33).

Así, el gran catedrático define legislación simbólica:

Considerando-se que a atividade legiferante constitui um momento de confluência concentrada entre sistemas político e jurídico, pode-se definir a legislação simbólica como produção de textos cuja referência manifesta à realidade é normativo-jurídica, mas que serve, primária e hipertroficadamente, a finalidades políticas de caráter não especificamente normativo-jurídico. (Neves, 2007, p. 30).

En el caso de la PEC N.º 171/93, se vislumbra el carácter simbólico, cuyo contenido está inmerso en estas tres situaciones descritas por Marcelo Neves, a pesar de la predominancia mayor de la «demostración de la capacidad de acción del Estado».

En la «confirmación de valores sociales» hay el conflicto de valores entre grupos, cuya aprobación de determinada disposición legislativa representa «victoria» y demuestra su «superioridad» en relación a los demás, quedando en segundo plano la eficacia normativa³¹.

Esto sucede en el desarrollo de la PEC N.º 171/93, la cual está impregnada de los valores oriundos del movimiento de la «ley y orden» que predica por

31 «Nesses casos, os grupos que se encontram envolvidos nos debates ou lutas pela prevalência de determinados valores vêem a ‘vitória legislativa’ como uma forma de reconhecimento da ‘superioridade’ ou predominância social de sua concepção valorativa, sendo-lhes secundária a eficácia normativa da respectiva lei. Dessa maneira, procuram influenciar a atividade legiferante, no sentido de que sejam formalmente proibidas aquelas condutas que não se coadunam com os seus valores, assim como permitidos ou obrigatórios os comportamentos que se conformam aos seus padrões valorativos, satisfazendo-se as suas expectativas basicamente com a expedição do ato legislativo.» (Neves, 2007, p. 33). «Outro caso consiste na discussão que se desenvolve sobre o aborto na Alemanha, especialmente a partir dos anos setenta. Blankenburg enfatiza que os participantes da discussão em tomo da legalização do aborto estão informados de que as violações do §218 do Código Penal Alemão (StGB) ‘são muito freqüentes e que punições ocorrem apenas em casos excepcionais’. Conclui, então, com base inclusive em decisões do Tribunal Constitucional Federal, que no conflito sobre a legalização do aborto trata-se da ‘confirmação simbólica de pretensões normativas’, e não da ‘imposição efetiva’ dessas». (Neves, 2007, p. 34).

la criminalización de conductas insignificantes y el severo aumento de las penalidades privativas de libertades, propugnando, incluso por penas de carácter perpetuo y de muerte. En el otro lado de la mesa está el ala de los garanteístas que defienden un Derecho Penal Mínimo en obediencia a los principios basilares de la intervención mínima y de la fragmentación, donde el *ius puniendi* estatal sólo se legitima dentro de los valores constitucionales.

En cuanto a la «postergación de soluciones de conflictos sociales a través de comportamientos dilatorios», explicita el profesor supra, que darse cuando de la divergencia entre grupos políticos se tiene la aprobación consensuada del acto legislativo, el cual no gira la desavenencia, pero transfiere el conflicto para un momento futuro indeterminado, confiando en la ineficacia normativa.³²

En el presente estudio no se vislumbra la convergencia entre los grupos políticos («Ley y orden» y «garantistas») para la aprobación de la PEC N.º 171/93; sin embargo, hay una postergación para el futuro que es el problema de la violencia causada por el menor, es cristalino que la reducción de la mayoría de edad penal a 16 años no resolverá este serio problema social. La ineficacia normativa es apremiante y algún agente político sabe y estar contando con eso.

Por último, en la situación de la «demostración de la capacidad de acción del Estado», también llamada «legislación-coartada» se tiene la creación normativa en la respuesta a un hecho social que generó un alarde o estado de emergencia en la población, el no-dispositivo legislativo justifica el hacer del Estado, buscando producir confianza en el ámbito jurídico y político, teniendo una fuerte repercusión en la mina electoral.

Em face da insatisfação popular perante determinados acontecimentos ou da emergência de problemas sociais, exige-se do Estado muito frequentemente uma reação solucionadora imediata. Embora, nesses casos, em regra, seja improvável que a regulamentação normativa possa contribuir para a solução dos respectivos problemas, a atitude legiferante serve como um alibi do legislador perante a população que exigia uma reação do Estado. (Neves, 2007, p. 37).

32 «Nesse caso, as divergências entre grupos políticos não são resolvidas por meio do ato legislativo, que, porém, será aprovado consensualmente pelas partes envolvidas, exatamente porque está presente a perspectiva da ineficácia da respectiva lei. O acordo não se funda então no conteúdo do diploma normativo, mas sim na transferência da solução do conflito para um futuro indeterminado». (Neves, 2007, p. 41).

Este contenido de «legislación-coartada» está en el centro de la PEC N.º 171/93. Es una respuesta del Estado al factor de violencia alardeado y explotado por los medios de forma sensacionalista e irresponsable, donde se ve un claro contenido ideológico. Se trata de vender una ilusión de la solución con relación a uno de los aspectos de la violencia urbana (actos infractores perpetrados por niños y adolescentes), en la creencia de que los actos legislativos son capaces de modificar la realidad, desconsiderando las interferencias de un acto de las variables no normativas indispensables³³.

3.3.1. Del Derecho Penal simbólico

No se tiene duda de que al intentar reducir la edad penal a 16 años se esta ante un derecho penal simbólico, el cual no surtirá el efecto deseado: la reducción de la criminalidad. Una vez más se quiere usar el Derecho Penal para remendar la omisión e ineficacia en la implantación de las políticas públicas debidas en escalofrío a los dictámenes constitucionales³⁴.

33 «A legislação-álibi decorre da tentativa de dar a aparência de uma solução dos respectivos problemas sociais ou, no mínimo, da pretensão de convencer o público das boas intenções do legislador. Como se tem observado, ela não apenas deixa os problemas sem solução, mas além disso obstrui o caminho para que eles sejam resolvidos. A essa formulação do problema subjaz uma crença instrumentalista nos efeitos das leis, conforme a qual se atribui à legislação a função de solucionar os problemas da sociedade. Entretanto, é evidente que as leis não são instrumentos capazes de modificar a realidade de forma direta, pois as variáveis normativo-jurídicas defrontam-se com outras variáveis orientadas por outros códigos e critérios sistêmicos (...). A resolução dos problemas da sociedade depende da interferência de variáveis não normativo-jurídicas. Parece, portanto, mais adequado afirmar que a legislação-álibi destina-se a criar a imagem de um Estado que responde normativamente aos problemas reais da sociedade, embora as respectivas relações sociais não sejam realmente normatizadas de maneira consequente conforme o respectivo texto legal». (Neves, 2007, p. 39).

34 «É notória a situação incompatível ou irregular da criança e do adolescente nos países onde o poder público não cumpre sua função social, máxime no que tange à assistência familiar». (Fernandes y Fernandes, 2012, p. 424). «Enfim, para se admitir a redução da idade para a »responsabilidade penal«, exige-se competência e honestidade de propósitos, aspectos nada comuns no tratamento do sistema repressivo penal brasileiro como um todo. Aliás, a incompetência e a falta de seriedade no trato dessas questões têm sido a tônica da nossa realidade político-criminal. Por isso, temos, inclusive, receio de sustentar essa tese, porque os nossos legisladores poderão gostar da ideia, mas, como sempre acontece no Brasil, aproveitá-la somente pela metade, ou seja, adotar essa responsabilidade penal diminuída e «esquecer» de criar os «estabelecimentos adequados», exclusivos para os menores, com a estrutura funcional indispensável (com técnicos especializados)! Ademais, essa tese não pode ser desenvolvida satisfatoriamente neste espaço, e muito menos executada pela metade». (Bitencourt, 2010, p. 415).

No será con el uso de la sanción penal que se combatirán los actos antisociales de los menores, pues no será a partir de la reclusión que se implementará el acceso a la educación, la salud, la seguridad en todos sus aspectos, la promoción del desarrollo los miles de menores que se alojan en la calle, siendo apuntados por valores morales distorsionados cuando el proceso de formación y desarrollo.³⁵

E entre todos fatores exógenos da criminalidade desponha em primeiro lugar a miséria. A miséria é a principal razão dos atos infracionais dos menores. (Fernandes y Fernandes, 2012, p. 425)

Sobre esta temática el Ministro de Justicia, Francisco Campos, en la exposición de motivos de la parte general del Código Penal de 1940 que la formación del carácter del menor de 18 años debe ser dada con educación en lugar del uso del Derecho Penal:

Os que preconizam a redução do limite, sob a justificativa da criminalidade crescente, que a cada dia recruta maior número de menores, não consideram a circunstância de que o menor, ser ainda incompleto, é naturalmente antisocial na medida em que não é socializado ou instruído. O reajustamento do processo de formação do caráter deve ser cometido à educação, não à pena criminal.³⁶

Se tiene un verdadero engaño, ya que el menor infractor es estigmatizado por los medios, sirviendo de chivo expiatorio al problema generalizante de la creciente violencia.

Es con clarividencia que la reducción de la menor edad penal no contendrá la problemática de la violencia, teniendo serios riesgos de aumento, aún más, de la criminalidad,³⁷ en el sentido de «efecto colateral» de la norma

35 «Não fosse o fato de existirem centenas de milhares de meninas atiradas à prostituição na faixa etária de 9 a 15 anos de idade, não fosse o alto percentual de meninos e meninas vivendo ou morando nas ruas, não fosse a deletéria adultização precoce da criança, tudo conduzindo o menor à marginalização, restaria o nocivo exemplo da pulverização dos valores morais incentivada e até imposta pela má imprensa escrita, falada e televisada, principalmente por seu prestígio persuasório.» (Fernandes y Fernandes, 2012, p. 424).

36 Exposição de motivos da redação primeira da parte geral do *Código Penal*.

37 «No plano do direito penal, fala-se da função ou efeito criminógeno da própria lei penal. Poder-se-ia objetar que se trata aqui de um caso de antiefetividade. Mas a hipótese é mais abrangente. A pesquisa criminológica aponta situações em que a atuação coercitiva do aparelho estatal contra a criminalidade juvenil leva a estreitar os laços entre os respectivos jovens, que, em reação, passam a praticar atos puníveis mais graves. Em muitos casos, à promulgação de uma nova lei penal seguem-se contra-reações, atos de resistência e de ajuda aos autores, implicando outras condutas puníveis.» (Neves, 2007, p. 49).

constitucional enmendada, respondiendo tan sólo al carácter ideológico de un sector de la política, transfiriendo al Estado la satisfacción de la «venganza» por el injusto, en contraposición a los antiguos procesos de linchamiento población. (Neves, 2007, p. 50).³⁸

En estos términos sigue la disertación de Ney Moura Teles (2006):

Propostas como essas, longe de resolver qualquer problema da espécie existente no país, constituem verdadeiro engodo, e só podem ser compreendidas dentro da ideologia da corrente da lei e da ordem.

As crianças e os adolescentes que cometem fatos típicos e ilícitos, que são usados por delinqüentes adultos, são, em verdade, filhos de uma sociedade injusta, assentada em bases econômicas e sociais perversas. A eles não foram proporcionadas oportunidades de vida digna, com habitação, família, educação, saúde, lazer, formação moral, enfim, não tiveram oportunidades de apreender os valores ético-sociais importantes e, por isso, quando atuam contra o direito, estão, na verdade, simplesmente, respondendo aos «cidadãos de bem» com o gesto que aprenderam: a violência e o desrespeito à lei.

Nunca se pode esquecer que não é o Direito Penal o purificador das almas, nem sua missão é a de combater a violência, adulta ou juvenil. Sua tarefa é proteger os bens jurídicos mais importantes, das lesões mais graves. (pp. 298 y 299).

IV. UN BREVE RETRATO DE LA REALIDAD Y LA CONSECUENCIA PRÁCTICA DE LA REDUCCIÓN DE LA MAYORIDAD PENAL CON SUS RESPECTIVAS CRÍTICAS

4.1. De la negligencia del Estado en el mantenimiento y la adecuación de las casas de internación en los moldes del estatuto del Niño y del Adolescente

Es importante subrayar que las casas de internaciones para los adolescentes, que debían tener el carácter educativo, padecen la misma falta de infraestructura del sistema penitenciario, configurando un verdadero complejo prisional, sólo que destinados a adolescentes, donde la integridad física y

38 «No plano do direito penal, fala-se da função ou efeito criminógeno da própria lei penal. Poder-se-ia No campo do direito penal, tem-se salientado que a legislação serviria para satisfazer, de forma sublimada, a «necessidade de vingança» do povo, evitando-se, então, a justiça por linchamento. Analogamente, satisfaz-se por leis punitivas ou restritivas de direitos à necessidade de «bodes expiatórios», estigmatizando-se determinados membros da sociedade e descarregando outros de responsabilidade ou sentimento de culpa. Porém, nessa hipótese, em não havendo eficácia dos preceitos legais, estaremos num típico caso de legislação simbólica». (Neves, 2007, p. 50).

mental de esas personas en formación se deja al margen, configurando en antros impregnados de abusos físicos, relaciones sexuales forzadas y por la perversión de las drogas.³⁹

4.2. Un serio problema práctico: vaga y estructura en los presidios brasileños

No se puede olvidar el problema de faltas de vacantes en el sistema penitenciario brasileño.

En Brasil, según datos del Ministerio de Justicia, hay una población carcelaria de 607 731 mil presos. Sin embargo, se cuenta con apenas 376 669 mil plazas, totalizando un déficit de 231062 mil plazas (Brasil). Se suman a ese caos los mandatos de prisión en abierto, que, según los datos del Banco Nacional de Mandados de Prisión, son 486 258 mil no cumplidos.⁴⁰ De tal suerte, se tiene la necesidad, hoy, de al menos 717.320 nuevas plazas en el sistema penitenciario.

Tabla 1. Población carcelaria/vacantes en el sistema penitenciario/déficit, 2014 (Brasil)

| Populación carcelaria | Vacantes | Déficit inmediato |
|-----------------------------------|-------------|-------------------|
| 607 731 mil | 376 669 mil | 231 062 mil |
| Mandatos de prisión o en libertad | | Déficit |
| 486 258 mil | | 717 320 mil |

Fuente: Elaboración propia

Esto es un dato expresivo, el cual no se puede ignorar o hacer poco caso. En estos términos, con la reducción de la edad penal para 16 años, donde estará la vacante, en el sistema penitenciario para el menor infractor?

No se tiene vagas y ni estructura en las casas de detención para menores, en los moldes del *Estatuto del niño y del adolescente*, el cual necesita una

39 É claro que se faz a ressalva de alguma intuição de internação espalhada pelos rincões do Brasil que porventura seja um caso de sucesso, conseguindo perfilhar os ditames normativos do Estatuto da Criança e do Adolescente, onde este é modelo de excelência de uma construção legislativa do qual o Brasil padece de escassez.

40 Disponible en: <http://www.cnj.jus.br/bnmp/#/relatorio>.

protección especial e integral, quizá en el sistema penitenciario. Se dice aún más: es cierto que no será por la publicación de una ley, vehiculadora de un «deber-ser», que en «pase de magia» ese problema será resuelto.

Se destaca que en la presente investigación no se consiguió levantar datos para determinar si la reducción de la mayoría de edad penal afectaría al sistema penitenciario brasileño, teniendo en vista la ausencia de un centro de informaciones nacional sobre la práctica de actos infractores y el número de menores en salud de la sanción de internación.

Se destaca, por ejemplo, el Estado de Rio Grande do Norte, donde los datos estadísticos entre la Fundación Estadual del Niño y del Adolescente (FUNDAC) y el Tribunal de Justicia de Rio Grande do Norte son completamente divergentes, lo que imposibilita un real diagnóstico del escenario de los actos infractores perpetrados en el respectivo Estado.⁴¹

En ácida crítica, se pronuncia el profesor Ney Moura Teles:

Soa, por fim, como piada a proposta, uma vez que o Estado brasileiro não tem sido capaz de construir estabelecimentos prisionais para atender às necessidades atuais de vagas para os condenados a penas privativas de liberdade. Se a capacidade penal alcançar os adolescentes, como se propõe, então a falência do sistema penitenciário será ainda mais estrondosa. (2006, p. 299).

V. DE LAS CONSIDERACIONES FINALES

En los términos presentados, se vislumbra que el contenido normativo del artículo 228 de la *Constitución Federal* constituye un derecho individual fundamental de que niños y adolescentes sean procesados y castigados por una legislación especial distinta de la reservada a los mayores de 18 años constituyéndose en una verdadera cláusula pétrea inspirada en la doctrina de la protección integral del menor y en la normatividad del principio de intervención mínima del Derecho penal.

De tal suerte, otro entendimiento no podría ser más allá de aquel que considera flagrantemente inconstitucional la Propuesta de Enmienda a la Constitución N.º 171/92, siendo una legislación meramente simbólica, embebida en carácter ideológico y como parca justificaba del Estado, en

41 Disponible en: <http://tribunadonorte.com.br/noticia/faltam-estata-sticas-para-nortear-debate-sobre-maioridade/316996>. Consulta en línea: 11 de dezembro de 2015.

relación a la sociedad, en lo que tante sus acciones en la lucha contra la criminalidad.

Se está vendiendo una ilusión sobre la problemática. En caso de aprobación de la respectiva PEC, se tendrá un aumento de la violencia, marginará aún más a los jóvenes en formación y, finalmente, y se contribuye al agravamiento del caos del sistema penitenciario brasileño.

El Derecho Penal no es y nunca fue la solución para las olas de violencia y de crímenes. En el caso de que no se trabaje en políticas capaces de elevar la enseñanza de calidad, promover la disminución de las desigualdades sociales, y en lo referente a los menores, efectivizar sus derechos en los exactos términos del estatuto del niño y del adolescente, el Derecho Penal producido en Brasil continuará siendo un derecho penal simbólico.

Recordar que aquel menor infractor, marginado por la sociedad y el Estado, provenía muchas veces de una familia desestructurada, en la cual sólo conoció la violencia, distante de lo que todo el mundo quiere, amor y cariño. El Derecho Penal no proporciona ninguno de los dos.

BIBLIOGRAFÍA

- Alexy, R. (2008). *Teoria dos direitos fundamentais. Tradução Virgílio Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros.
- Bitencourt, C. (2010). *Tratado de direito penal – parte geral*. V. I. 15º ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- Brasil. *Constituição da República Federativa do Brasil: atualizada até a Emenda Constitucional N.º 99*. Brasília, DF, 5 de outubro de 1988. Disponible en: <https://bit.ly/35OPqUd>
- Brasil. Decreto-lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 31 de dezembro de 1940. Disponible en: <https://bit.ly/3fDJO3u>
- Brasil. Lei N.º 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 16 de julho de 1990. Disponible en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm.
- Brasil. Decreto n.º 99.710, de 21 de novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 22 de novembro de 1990. Disponible en: <https://bit.ly/3cNVGhF>

- Brasil. Levantamento nacional de informações penitenciárias - INFOPEN - junho de 2014. Ministério da Justiça. Brasília: 2014. Disponible en: <https://bit.ly/2SWoZ9G>
- Campilongo, C. (2011). *Direito e diferenciação social*. São Paulo: Saraiva.
- Canotilho, J., Leoncy, L., Mendes, G., Sarlet, I. & Streck, L. (coords). (2013). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva.
- Dias, J. (2007). *Direito Penal - Parte Geral*. Tomo I. São Paulo: RT.
- Dotti, R. (2010). *Curso de Direito Penal – parte geral*. 3.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- Fernandes, V. & Fernandes, N. (2012). *Criminologia integrada*. 4.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- França, G. (2008). *Medicina Legal*. 8.^a ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan.
- Franco, A. & Stoco, R. (coords). (2007). *Código penal e sua interpretação*. 8.^a ed. São Paulo: RT.
- Führer, M. R. y Führer, M. C. (2010). *Código Penal Comentado*. 3.^a ed. Malheiros: São Paulo.
- Greco, R. (2011). *Curso de direito penal - parte geral*. V. I. 13.^a ed. Rio de Janeiro: Impetus,
- Lenza, P. (2014). *Direito Constitucional esquematizado*. 18.^a ed. São Paulo: Saraiva.
- Mazzuoli, V. (2007). *Curso de Direito Internacional Público*. 2.^a ed. São Paulo: RT.
- Mendes, G. & Branco, P. *Curso de Direito Constitucional*. 7.^a ed. São Paulo: Saraiva.
- Mendes, G., Coelho, I. & Branco, P. (2009). *Curso de Direito Constitucional*. 4.^a ed. São Paulo: Saraiva.
- Neves, M. (2007). *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes.
- Nucci, G. (2009). *Manual de direito penal*. 5.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- Piovesan, F. (2015). *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 15.^a ed. São Paulo: Saraiva.
- Reale, M. (2004). *Instituições de Direito Penal - Parte geral*. V. I. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Forense.
- Sposato, K. (2011). A constitucionalização do direito da criança no Brasil como barreira à redução da idade penal. Piovesan, F. & Garcia, M. (Orgs). *Doutrinas essenciais: direitos humanos*. V. IV. São Paulo: RT.
- Teles, N. (2006). *Direito Penal - parte geral*. 2.^a ed. São Paulo: Atlas.

LA LUCHA CONTRA EL LAVADO DE ACTIVOS: ¿ESTAMOS AVANZANDO O RETROCEDIENDO? ¿REALMENTE «NUESTRAS AUTORIDADES ESTÁN LUCHANDO CONTRA LA CRIMINALIDAD»? ¿QUÉ FALTA?

**THE FIGHT AGAINST MONEY LAUNDERING: ARE WE MOVING FORWARD OR BACKWARD?
ARE «OUR AUTHORITIES REALLY FIGHTING AGAINST CRIME»? WHAT ARE WE MISSING?**

*Shirley Muñoz Patilla
Queni Rebatta Chirre
Pool Orihuela Quispe
Andrea Cornelio Montero
Universidad Continental*

Recepción: 10/10/2018

Aceptación: 20/12/2018

Resumen

Actualmente, el delito de activos ha tomado protagonismo dentro de la noticia nacional, debido a los múltiples escándalos en los que se han visto involucradas varias figuras políticas del país. Desde un punto de vista crítico y compaginado con nuestra realidad, vemos, sin duda, alguna que la carencia de preparación de una gran cantidad de funcionarios y servidores públicos que se dedican a la lucha contra el crimen organizado lleva consigo un desmérito, siendo que mientras la actividad fiscal va a pasos pequeños la actividad criminal va en un automóvil. ¿Será que nuestras instituciones estatales que tienen por función combatir el lavado de activos y otras formas organizadas de cometer delitos están contaminadas?, la situación es alarmante, debido a que no solo se deja al libre arbitrio de los delincuentes la comisión de ilícitos, sino indirectamente se les deja la facultad de determinar el avance o deterioro económico de un país, propiciando así cada vez más la creación e paraísos económicos. ¿Realmente «nuestras autoridades están luchando contra la criminalidad»? ¿Qué falta?

Palabras clave: Lavado de activos; actividad criminal; delito previo; Unidad de Inteligencia Financiera del Perú, eficacia, Ministerio Público, poder punitivo.

Abstract

Currently the crime of assets has taken center stage in the national news due to the multiple scandals in which several political figures of the country have been involved, from a critical point of view and combined with our reality we see that without a doubt the lack of preparation of the civil and public servants who are dedicated to the fight against organized crime, carries with it a demerit, while the fiscal activity goes by small steps the criminal activity goes faster. Will it be that our state institutions, whose function is to fight against the laundering of assets and other organized ways of committing crimes, are contaminated?, the situation is alarming because not only the commission of illicit acts is left to the free will of the criminals, but indirectly they are left with the faculty of determining the advance or deterioration of economic in a country, propitiating more and more the creation of economic paradises. Are «our authorities really fighting against crime»? What are we missing?.

Keywords: Money laundering; criminal activity; prior crime; Unidad de Inteligencia Financiera of Peru; effectiveness, Ministerio Público; punitive power.

I. INTRODUCCIÓN

Entre los delitos perseguidos por el Estado, podemos identificar un fenómeno delictivo complejo denominado lavado de activo. Este delito visto como un proceso desde el enfoque criminológico, cuya finalidad es insertar o poner en circulación dinero de origen ilícito en el sistema económico legal, despierta gran debate en su naturaleza y en su tratamiento jurídico en la materia penal.

Diferentes organizaciones internacionales se han pronunciado con respecto al tratamiento y a cómo se debería perseguir este delito, por esta razón, y desde un enfoque exclusivamente jurídico, los legisladores dotaron a cada etapa del proceso llamado lavado de activos de autonomía jurídica para su persecución y sanción. Por tanto, se puede advertir que tanto los actos de conversión, como la tenencia y traslado de dinero obtenido a partir de actos que importan la comisión de un delito, son punibles y gozan de relevancia jurídico penal.

Ante el gran desarrollo doctrinal y jurisprudencial, se presentará un análisis histórico de la regulación nacional sobre este delito, la vinculación de los funcionarios o servidores públicos en la comisión de este delito y un análisis crítico del lavado de activos en un contexto contemporáneo y actual.

Durante el desarrollo de la investigación será trascendente presentar los datos estadísticos sobre el incremento o disminución de la concurrencia en este delito, lo cual coadyuvará responder la incógnita: ¿es eficaz la lucha contra el delito de lavado de activos?

Una cifra alarmante que no permitirá inferir el sentido de la respuesta es que solo 10 de los casos investigados han llegado a una sentencia condenatoria, lo cual nos permite imaginar cuánto dinero con aparente origen legal es insertado en el circuito socioeconómico legal, así como también si los órganos y funcionarios encargados de perseguir penalmente a los sujetos que cometen este delito se desempeñan con eficacia.

El presente artículo de investigación culminará con propuestas para luchar contra delito de lavado de activos y sobre la importancia de la colaboración interinstitucional que es un factor trascendente para el descubrimiento de pruebas que brinden indicios objetivos para lograr acabar o minimizar la afectación de los bienes jurídicos tutelados.

II. LO QUE NOS PREOCUPA

Actualmente el delito de activos ha tomado protagonismo dentro de la noticia nacional, debido a los múltiples escándalos en los que se han visto involucradas varias figuras políticas del país. Según un informe emitido por el Ministerio Público, en el transcurso del año 2017, las fiscalías nacionales especializadas en delitos de lavado de activos recibieron alrededor de 509 denuncias por este ilícito, de los cuales 444 casos fueron resueltos, mientras que 65 aún continúan en trámite, por causa del problema de la excesiva carga procesal. Este número parece alentador comparado con la situación de las fiscalías supraprovinciales de Lima que, si bien es cierto tienen un número menor de denuncias registradas (192 casos), solo 55 de ellas han sido resueltas, y lamentablemente 137 se encuentran en trámite, a la espera de una disposición fiscal, ya sea de archivo o formalización de la investigación preparatoria. En porcentaje, esta cifra se puede traducir en un 71,35 %, lo que genera una imagen impropia del sistema fiscal que, a pesar de contar con la ayuda de la División de Investigación de Lavado de Activos (Dirila) y la División Especializada en Delitos de Alta Complejidad (Diviac) de la Policía Nacional del Perú, no ha sabido avanzar correcta y oportunamente con las investigaciones (Ministerio Público, 2017, p. 52).

Desde un punto de vista crítico y compaginado con nuestra realidad, vemos sin duda alguna que la carencia de preparación una buena parte de los funcionarios y servidores públicos que se dedican a la lucha contra la actividad de crimen organizado lleva consigo un desmérito, siendo que, mientras la actividad fiscal va a pasos pequeños, la criminalidad ha crecido de forma exponencial. ¿Será que nuestras instituciones estatales que tienen por función combatir contra el lavado de activos y otras formas organizadas de cometer delitos, están contaminadas? Esta situación es alarmante.

III. CUESTIONES PRELIMINARES

La Comunidad Europea elaboró en 1991 la llamada Normativa de la Unión Europea, Directiva N.º 91/308/CEE, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el lavado de activos. Mediante esta iniciativa se propicia que los estados firmantes ejecuten acciones tendientes a la erradicación o disminución de la comisión del delito de lavado de activos, siendo esta una labor trascendental para el avance de un país.

La Organización de Estados Americanos ha creado la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas (Cicad), la cual en 1992 aprueba el Reglamento modelo americano sobre delitos de lavado de dinero.

El desarrollo de la criminalidad organizada ha llegado a puntos preocupantes, debido a que sus alcances han propiciado el mayor auge de la corrupción, subyugando a los Estados, que han ido, paulatinamente, perdiendo su soberanía. En base a esta premisa, denotamos que la forma necesaria para enfrentar esta circunstancia es mediante el acuerdo mancomunado entre países.

Es preocupante que, en estos últimos tiempos, la autonomía de los entes encargados de la persecución del delito de lavado de activos sea cuestionada. Entonces si estos entes, como en la «mayoría de casos», delegan sus facultades a los delincuentes, simplemente la sociedad está perdida.

El profesor Luigi Ferrajoli de la Universidad de Camerino, en un discurso premonitorio, se pregunta ¿qué ha cambiado a partir del 11 de septiembre?, y luego afirma que

es difícil negar la absoluta insensatez de esta guerra. Si la guerra tenía como fin golpear a Bin Laden y a su red terrorista, entonces no solo se ha fracasado, sino que se han producido, como era del todo previsible, efectos exactamente

opuestos: la popularidad de Bin La-den y de las sectas fundamentalistas crece entre las masas islámicas; la situación del medio oriente desde Pakistán a Israel es más explosiva que nunca; la inseguridad del mundo y los peligros de nuevas agresiones por parte de las organizaciones terroristas se hacen cada día más graves y alarmantes» (Ferrajoli, 2004).

Debido a lo que esté en juego, se debe de tener en cuenta criterios más drásticos. En relación a estas ideas, consideramos que un método para erradicar o disminuir la corrupción de las instituciones encargadas de la investigación en el delito de lavado de activos sería el establecimiento de órganos de control que se encuentren dispersos para de esa forma evitar acciones colusorias entre los delincuentes y los que investigan. Esta propuesta tiene criterios lógicos, la acción de dividir un ente fiscalizador propicia la difuminación de actos de corrupción y, por ende, se genera que se maximice la eficacia en cuanto a la persecución penal.

IV. SOBRE EL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS

El delito de lavado de activos es un fenómeno delictivo complejo. La criminología lo define como un proceso en el cual los ingresos obtenidos a través de un acto ilícito (denominado delito fuente) son dotados de apariencia de legalidad mediante la realización de actividades económicas-comerciales para posteriormente ser ingresados o insertados en el circuito económico legal (Mendoza, 2017, p. 80).

La tipificación de este delito se ha constituido en una herramienta a través de la cual se lucha continuamente contra la criminalidad organizada, pues se espera su disminución. La tipificación de un delito se justifica en la protección de determinados bienes jurídicos. Respecto al delito en estudio existen varias posiciones que indican los distintos bienes jurídicos que protege el lavado de activos. La primera es planteada como un delito uniofensivo. Esta parte de la doctrina ha indicado que el bien protegido es la administración pública, ya que afecta directamente la labor de las autoridades de persecución y represión penal (Hurtado, 2011, p.12).

Asimismo, han indicado que el bien jurídico es el mismo que protege el delito previo, dado que con el lavado de activos se mantiene o incrementa la lesión o puesta en peligro del bien jurídico que se vio afectado por el delito previo (Palma, 2000, p. 239). Para otro sector de la doctrina,

se protege la seguridad interior del Estado, debido a que se combate la delincuencia organizada, la acción está dirigida a impedir o reducir la capacidad operativa para su filtración en el Estado (Aránguez, 2000, p. 271), en el orden socioeconómico, pues este es un objetivo político criminal empleado como criterio de sistematización para agrupar diversas figuras delictivas (Martínez, 2015, p. 78).

La segunda posición lo plantea como un delito pluriofensivo, es decir, que lesiona los bienes jurídicos indicados en el párrafo anterior, pudiendo ser todos ellos o dos de estos, cuando menos. Bajo estas premisas, consideramos que el bloque protegido es el orden socioeconómico; coincidimos con el planteamiento señalado por Fidel Mendoza, quien señala que la libre y leal competencia constituye el bien jurídico colectivo protegido en la incriminación del lavado, lo que justifica el empleo de la estructura del peligro abstracto como técnica de tipificación (Mendoza, 2017, p. 207).

Como se advirtió líneas arriba, el lavado de activos es un delito de peligro abstracto porque analiza la peligrosidad de la conducta que singulariza al delito, el comportamiento incriminado, superando el riesgo permitido, está dirigido a «evitar la identificación» del origen ilícito de los activos, su incautación o decomiso, «para ocultar o encubrir», «para ayudar» a tales fines.

El lavado de activos constituye un proceso secuencial mediante el cual los bienes de fuente criminal, a través de distintas operaciones, se reintegran al tráfico económico legal con «apariencia» de haber sido obtenidos de manera lícita, lo que implica un acto de 1) conversión o transferencia (disposición física del dinero), de 2) transporte (separación de fondos ilícitos) y de 3) tenencia (apariencia legítima).

V. ANÁLISIS ESTADÍSTICO SOBRE EL INCREMENTO O DISMINUCIÓN DE LA CONCURRENCIA DEL DELITO

Adicionalmente a lo señalado en el punto II del presente trabajo, los resultados del reporte estadístico de los Reportes de Operaciones Sospechosas (ROS), remitidos por Cooperativas de Ahorro y Crédito, elaborado por la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, muestran que la profesión u ocupación más reportada con movimiento sospecho en su estado financiero y con gran tendencia a que su posible actividad conlleve

una investigación por el delito de lavado de activos es la de comerciante (16 %), seguida de agricultor (13 %) y contador (5 %) (Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, 2016, p. 19). A partir de estos resultados, podemos concluir que, al margen de reducir los niveles delictivos respecto a este ilícito penal, la cifra va aumentando con el transcurso del tiempo, si bien no es posible reducir del todo el grado de incidencia de este delito, es pertinente conocer cuáles son las principales herramientas para una mayor persecución y procesamiento de casos de lavado de activos, ello a fin de conseguir datos estadísticos alentadores, como resultado de una mejor gestión en la persecución y sanción de estos delitos.

VI. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA VINCULACIÓN ENTRE FUNCIONARIOS O SERVIDORES PÚBLICOS DENTRO DE ORGANIZACIONES CRIMINALES DEDICADAS A LA COMISIÓN DEL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS

Hoy en día el Perú es considerado como uno de los países con mayor dinamismo económico en Latinoamérica, siendo miembro fundador de la Alianza regional del Pacífico, así como integrante de la Cooperación Económica Asia-Pacífico (APEC) y la Comunidad Andina. Del mismo modo, tiene numerosos acuerdos de libre comercio con países del primer mundo, tales como Estados Unidos, la Unión Europea e incluso China. Sin embargo, a pesar del continuo desarrollo del país, la escena política se ha visto sacudida por una serie de escándalos de corrupción e investigaciones contra funcionarios y servidores públicos (como expresidentes), entre otras figuras políticas reconocidas.

La mayor de estas investigaciones es el escándalo transnacional de la constructora Odebrecht, que se centra en mecanismos de soborno utilizados por el grupo de construcción brasileño. Durante los años recientes, este ilícito se ha incrementado en sus distintas modalidades, los cuales han sido cometidos tanto por personas naturales como jurídicas. La sociedad ha sido testigo de los casos en los que están comprendidos los expresidentes: Alejandro Toledo Manrique, Ollanta Humala Taso y el desaparecido Alan García Pérez, todos ellos investigados o procesados por el presunto delito de lavado de activos, dinero proveniente de la corrupción de funcionarios, como es el caso de la empresa constructora brasileña Odebrecht, que habría sobornado a altos funcionarios de 28 países, entre otros el Perú. Los

funcionarios del Perú se habrían recibido dinero ilícito, el cual habría sido ocultado mediante transferencias y conversiones de diferentes bienes, tales como la adquisición de muebles e inmuebles, constitución de empresas, inversiones en la bolsa de valores, e incluso el uso de testaferreros, entre otros; todo ello, con el fin de evitar su identificación e incautación de estos activos de origen ilegal.

Debido a la naturaleza de estas investigaciones, el Ministerio Público viene conociendo varias denuncias por delitos contra la administración pública, a un nivel sin precedentes. Casos de cohecho y malversación de fondos se van relacionando con el delito de lavado de activos, que hace mucho más compleja la investigación que Ministerio Público está realizando actualmente. De ello se ha hecho evidente que la corrupción ha repercutido en la mayoría de sectores políticos y relacionados con la Administración Pública, al menos desde el auge del desarrollo de infraestructura que comenzó a principios del año 2000, el Perú se convirtió en un destino atractivo para las inversiones y los negocios en América del Sur debido a su economía variante pero controlada. Esta calma económica llevó a importantes proyectos de infraestructura financiados por el Gobierno que se prestaron fácilmente a actividades financieras ilegales.

Pero ¿cuán relevante es la participación de los funcionarios y servidores públicos en las organizaciones criminales? Según la teoría del maestro Claus Roxin, el grado de participación de estos se encuentra sustentada en el deber especial que infringe el sujeto, el cual llevaría a sustentar la imputación en su contra, ya que como señala «la autoría le corresponde a aquella persona que estando obligado institucionalmente a cumplir con un deber positivo específico lo incumple.» (Roxin, 1998, p. 386). En ese sentido, según el informe estadístico del Ministerio Público, durante el año 2017 se registraron más de 509 denuncias ante la Fiscalía Especializada en delitos de Corrupción de Funcionarios del distrito Fiscal de Lima, de los cuales 26 conllevaron una investigación por el delito de Lavado de activos, siendo 17 las que se encontraban aun en trámite pendiente de calificación y posible disposición de archivo (Ministerio Público, 2017, p. 53), que en comparación con el número de casos presentados en sede fiscal el año 2013, este se ha visto incrementado de manera considerable (Ministerio Público, 2013, p. 64).

Estos hechos se han visto expuestos por labor de los medios de comunicación, que han dado a conocer cómo funcionaban algunas de las más grandes

organizaciones criminales en nuestro país, evidenciando, lamentable, la presencia de algunos funcionarios públicos de alto renombre, como en los casos de la «La Centralita» y de «Rodolfo Orellana»; a medida que se avanzaban las investigaciones se veían involucrados personajes que la sociedad creía que cumplían cabalmente con sus funciones. En ese contexto se entiende que la conducta punible se da en mérito al quebrantamiento de deberes especiales, relacionados con la salvaguarda del bien jurídico tutelado.

Las investigaciones a las que se hace referencia líneas arriba dejaron en manifiesto cómo altos funcionarios se encontraban inmiscuidos en diversas organizaciones criminales con las cuales evitaban que los servidores públicos o inclusive los mismos funcionarios, con los que guardan cierta relación de afinidad, no llevaran correctamente las investigaciones por varios actos delictivos, dejando un mensaje negativo a la población, en vista de que al ver que estaban involucrados policías, jueces y fiscales, se ponía en discusión las bases democráticas que deben caracterizar a toda sociedad, por lo que la participación de funcionarios públicos en organizaciones criminales no sólo constituye un delito, sino que genera desconfianza, ya que existe el temor de que este actué también para su propio beneficio. Esta afirmación tiene sustento en los resultados de la X Encuesta Nacional sobre percepciones de la corrupción en el Perú, realizada en el año 2017: el 52 % del total de encuestados afirma que la corrupción de funcionarios y autoridades es el principal problema del Estado peruano (Proética, 2017, p. 19).

Ante un problema como este de naturaleza pandémica, se busca luchar mediante tratados internacionales, como la Convención Interamericana contra la Corrupción o la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, con ello se espera iniciar un proceso de transformación de conductas éticas con el transcurrir del tiempo.

VII. MICHEL FOUCAULT: «UNA VISIÓN PROFUNDA DEL ÁMBITO PENAL APLICADO CRÍTICAMENTE AL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS»

El filósofo francés Michel Foucault, en un escrito nos plantea más que respuestas preguntas, que analizadas cuidadosamente nos ayudan a visualizar la problemática social que se vive mediante el aparato punitivo

estatal. ¿Qué tan cierto es que los delincuentes que se encuentran dentro de las cárceles son los «tontos», los «primerizos», «incompetentes»? ¿Por qué los delincuentes capos no están encerrados? ¿Por qué siempre el aparato estatal, mediante sus órganos públicos encargados, miran la cola de la criminalidad organizada y no al agente que es la «cabeza»? ¿Se constituye una cortina de humo la incautación de algunas toneladas de dinero ilícito o droga, mientras por otro extremo se exporta el quíntuple de dinero o bienes ilícitos? Estas son algunas de las preguntas que mantienen latentes nuestra capacidad investigativa, y más aun analizando la obra mencionada.

El libro de Foucault se desarrolla en cuatro capítulos bien puntualizados, el primer capítulo, titulado Suplicio, es el que (palabras más, palabras menos) detalla el porqué del castigo, además de su origen y naturaleza, al ser tomado como un aleccionamiento al haber atentado contra el monarca o rey según el contexto cultural y social, mostrando una constante manifestación del poder, entre el que castiga y el que es castigado (Foucault, 1993).

Dentro de este esquema el delito de lavado de activos atenta contra la soberanía del Estado, por lo que vale la pena hacer la siguiente pregunta: ¿quién es realmente o qué es realmente un soberano? ¿Se protege el status quo de los poderosos y no el de la población?

En el segundo capítulo, titulado Castigo, el autor refiere que hemos pasado del castigo corporal a un castigo de restricción de un derecho o bien, concibiendo así a la sanción punitiva como una economía de derechos suspendidos. Denotando una férrea intolerancia a los delitos económicos, siendo que el castigo se concibe como una técnica de coerción, mediante el cual el poder mantiene su hegemonía, valga hacer la pregunta crítica ¿Quiénes tienen el poder?, ¿la población?. Los crímenes de cuello blanco desatan el furor ante un sistema de producción liberal, al perjudicarse el esquema financiero instaurado.

El tercer capítulo, cuyo título es Disciplina, explica porqué la institución carcelaria deviene en la forma privilegiada de castigo, pues arquitectónicamente la prisión permite una vigilancia invisible, implica la existencia de funcionarios que están continuamente examinando y, por tanto, realizando una función de jueces, obliga al trabajo rítmico en forma de ejercicio. Tratándose así de purificar el alma del delincuente «tonto» para que al menos brinde a la sociedad un mínimo valor utilitario y a la vez sirva como

un chivo expiatorio que pague las acciones de las mafias específicamente de los delincuentes de «verdad».

El tercer capítulo de la obra está muy correlacionado con el último que lleva como sumilla Prisión, concibiéndose en ya no como un medio de purificación del hombre (dándole un valor agregado al utilitarismo económico) sino como una cortina de humo, que hace que la población se mantenga ecuánime, bajo la premisa «nuestras autoridades están luchando contra la delincuencia». Mientras en el trasfondo simplemente es una forma de inocuizar el pensamiento crítico por el temor, ya que las clases marginales son las que en su mayoría sufren el látigo del poder punitivo del Estado, mas no las clases pudientes. Un pueblo sustentado en la ignorancia está condenado a vivir de lo que le digan, mas no de lo que es.

VIII. EL PODER PUNITIVO EN LOS ESTADOS ACTUALES, UN CRITERIO ANALÍTICO EN CORRELACIÓN CON EL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS

Aquella denominación del Estado como un leviatán, concebida como la fuerza más aterradora que el ser humano podría soportar, al parecer entendida en el contexto contemporáneo, poco a poco está perdiendo impacto social. Una de las razones es la pérdida de eficacia, en cuanto a la persecución penal, la falta de preparación de los sujetos pertenecientes a los entes estatales (como el Ministerio Público), entre otras razones. Estas circunstancias contextuales en el ámbito peruano ocasionan que se debiliten los ejes rectores para la búsqueda de un Estado propiciador del bien común, fallando en sus aspiraciones a favor de un bien común para pocos a costa del dolor de muchos.

8.1. La perversión del sistema económico

Las actividades destinadas a limpiar el dinero de las máculas con las cuales se obtuvieron generan que, aparentemente, un Estado se desarrolle económicamente, siendo esto falaz, pues el dinero obtenido no tiene un control fiscal y, por tanto, el Estado no puede percibir los tributos que permitirán la inversión pública. Además, el lavado de activos incentiva la ilegalidad (en el mejor de los casos la informalidad), la explotación y el irrespeto de los derechos fundamentales de manera importante.

8.2. La pluralidad de daños conexos al delito de lavado de activos

Una visión simplista del delito de lavado de activos llevaría a plantear que su único daño es el correcto orden económico, lo cual, desde nuestra perspectiva, es cierto. Sin embargo, bajo un criterio holístico, con este delito conexamente se daña también la soberanía del Estado, la democracia, la estabilidad, el bien común, la sostenibilidad, fines que son truncados en cuanto a su realización debido a las repercusiones indirectas de este delito. Por ejemplo, el lavado de activos si bien tiene un criterio autónomo bajo su regulación en nuestro *Código Penal* peruano, se debe —bajo una interpretación sistemática— indagar los pasos que se siguen para su culminación, más aún si la investigación fiscal tendría que necesariamente tocarse con la realización de otros delitos.

IX. FACULTADES DE LA UNIDAD DE INTELIGENCIA FINANCIERA EVALUADAS EN FORMA CRÍTICA

La Unidad de Inteligencia Financiera (UIF) se consagra como la institución especializada en la lucha contra el delito de lavado de activos en nuestro país o financiamiento del terrorismo (en adelante, LAFT). Fue creada mediante Ley N.º 27693 de abril del 2002, modificada por las leyes N.º 28009 y N.º 28306 y reglamentada mediante el Decreto Supremo N.º 163-2002-EF, modificado por Decreto Supremo N.º 018-2006-JUS. Ha sido incorporada como Unidad Especializada a la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones mediante Ley N.º 29038 de junio del año 2007, y tiene autonomía funcional y técnica.

Mediante la intervención de la Unidad de Inteligencia Financiera (UIF), se propicia la evaluación minuciosa de las transacciones de dinero en el Perú; asimismo, se encarga de emitir un informe en el que detalla algunas operaciones sospechosas, función que realiza mediante un trabajo dividido y organizado de la siguiente forma: primero, el Departamento de Análisis Operativo tiene a su cargo el tratamiento, evaluación y análisis de la información recibida que permita identificar casos en los que se presuma la existencia de operaciones de LAFT; segundo, el Departamento de Análisis Estratégico y Desarrollo elabora estudios de inteligencia estratégica, estudios socioeconómicos y sectoriales, informes especializados y tipologías

de LAFT; tercero, el Departamento de Prevención, Enlace y Cooperación tiene a su cargo la elaboración de proyectos de normas internas en materia de LAFT, de proponer políticas y estrategias nacionales, así como normas y procedimientos para la prevención de LAFT por parte de los Sujetos Obligados, bajo un enfoque de riesgo, de emitir Directivas UIF, modelos de Códigos de Conducta, Manual de Prevención y otras herramientas relacionadas con el Sistema de Prevención de LAFT; cuarto, el Departamento de Supervisión tiene a su cargo la supervisión de la implementación del Sistema de Prevención de LAFT a los sujetos obligados bajo la competencia de la SBS, a través de la UIF-Perú, según un enfoque basado en riesgos, de acuerdo con sus propios mecanismos de supervisión, los cuales deben considerar las responsabilidades y alcances de los informes de los Oficiales de Cumplimiento, de la Auditoría Interna y de la Auditoría Externa, cuando corresponda, así como las responsabilidades de los directores y gerentes, quinto el Departamento de Evaluación y Acciones Correctivas tiene a su cargo la difusión y capacitación sobre principios, normas, políticas, tipologías y otra información relevante en materia de LAFT y, finalmente, el Departamento de Coordinación Técnica y Desarrollo es el encargado de apoyar a la Superintendencia Adjunta en su gestión técnica y operativa para el cumplimiento de sus funciones, informando sobre la evolución y tendencias internacionales respecto del desarrollo de los Sistemas antilavado de Activos y Contra el Financiamiento del Terrorismo.

¿Cómo se vinculan los esfuerzos por combatir el LA y el FT? A diferencia del caso de LA, los recursos utilizados para apoyar el terrorismo pueden provenir tanto de fuentes legítimas como de actividades ilícitas. No obstante, encubrir el origen de los fondos destinados a FT se mantiene como una actividad esencial para el delincuente, independientemente de si la fuente es de origen legítimo o ilícito. Las técnicas utilizadas para el LA son esencialmente las mismas que aquellas utilizadas para ocultar las fuentes y la utilización de fondos para la financiación del terrorismo. Un marco efectivo para la lucha ALA y de combate al financiamiento del terrorismo (CFT) debe, por lo tanto, abordar ambos problemas.

Asimismo, las estrategias ALA y CFT convergen. Ambas apuntan a atacar a los criminales o terroristas a través de sus actividades económico-financieras, y utilizar el rastro económico-financiero para identificar los varios componentes de las redes criminales o terroristas. Esto implica poner en su lugar mecanismos tendientes a prevenir el abuso de los sistemas económi-

cos y financieros y a detectar operaciones sospechosas. ¿Por qué hace falta un Plan Nacional para luchar contra el LA/FT? Las organizaciones criminales y terroristas operan de manera altamente organizada con sus propios planes de enriquecimiento y expansión.

Por lo tanto, es imprescindible hacer frente a dicha amenaza de manera igualmente organizada y mediante un plan que ordene las acciones estatales hacia la finalidad deseada. Por otro lado, es imprescindible contar con un Plan Nacional como herramienta para ordenar el amplio esfuerzo de coordinación a nivel inter institucional entre diversas autoridades de supervisión, de inteligencia, policiales, fiscales, y judiciales que la implementación de medidas ALA/CFT demanda.

Como ya ha sido señalado, se advierte la carencia de preparación de los funcionarios y servidores públicos que se dedican a la lucha contra la actividad de crimen organizado, lleva consigo un desmérito, pues la actividad criminal ha establecido una gran distancia de la actividad fiscal. ¿Será que existen indicios de corrupción en nuestras instituciones estatales que tienen por función combatir el lavado de activos? La situación es alarmante, debido a que no solo se deja al libre arbitrio de los delincuentes la comisión de ilícitos, sino indirectamente se les deja la facultad de determinar el avance o deterioro económico de un país, propiciando así cada vez más la creación de paraísos económicos.

X. PROPUESTA O POSIBLE MAXIMIZACIÓN DE LA EFICACIA CONTRA LA LUCHA DEL DELITO EN ANÁLISIS

Es un acierto del legislador haber dotado de autonomía típica cada etapa de este proceso y en consecuencia hacer que se persiga penalmente a quien participe de este delito, ya sea en actos de conversión o tenencia, así como de ocultamiento y la tenencia de activos de origen ilícito, debido a que devendría en un hecho imposible investigar y probar que un solo sujeto participó y realizó todo este proceso al que denominamos lavados de activos. Sin embargo, podemos advertir que, según la Procuraduría Pública de Lavado de Activos, del 2016 junio de 2018, se registraron 2763 investigaciones y procesos en trámite. A pesar de ello, la Sala Penal Nacional señala que en un periodo similar hubo solo 41 sentencias, de las cuales 31 fueron absolutorias (Pachuri, 2019).

A partir de estas cifras, se concluye que una forma eficaz de luchar contra el delito de lavado de activos es la lucha contra los denominados delitos fuentes de donde se percibe el dinero que se pretende lavar, como el delito de minería ilegal, debido a que las sentencias condenatorias obtenidas desalientan a aquellos que tienen como función y deber perseguir este delito. También es motivo de alarma debido a que solo se obtuvieron 10 sentencias condenatorias de todos los procesos que llegaron a juicio oral, lo cual significa que las organizaciones criminales logran ingresar al sistema socioeconómico camuflando el ilícito origen de los activos mal habidos.

Ante este problema nace la siguiente cuestión: ¿es eficaz la lucha contra el delito de lavado de activos? Creemos que no por lo señalado en las páginas anteriores. Asimismo, es necesario recalcar que organismos internacionales han brindado pautas y consejos para obtener una lucha más eficaz contra el delito de lavado de activos. Organizaciones como las Naciones Unidas, el Consejo de Europa y el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) se pronunciaron ante la difícil tarea de investigar y sancionar a quienes incurren en delito de blanqueo de bienes, así como los problemas de tipicidad y la regulación de este delito. Ante nuestra consideración aquello que importa mayor dificultad es la etapa de investigación del delito para reunir los suficientes elementos de convicción y llegar a juicio oral, por esta razón consideramos las siguientes pautas:

- En primer lugar, consideramos necesario que todas aquellas personas que fueron condenadas, así como aquellas que son investigadas por delitos cometidos mediante organización criminal sean investigados por lavado de activos, pues resulta razonable y necesario que las personas que participan de organizaciones criminales tienen por objeto sacar provecho económico de sus actividades ilícitas. Esto nos lleva a la gran probabilidad de que actúen para dotar al dinero de origen ilícito con una apariencia de legalidad.
- Mencionado lo anterior, se advierte la carga procesal que se generaría al investigar a las personas que cometieron delitos mediante una organización criminal, por esta razón es necesario hacer un filtro en función a las actividades criminales que se realizaban dentro de la organización debido a que son estas las que nos indican el fin lucrativo del delito fuente. Otro grupo de sujetos, cuya investigación debe ser obligatoria, son aquellos que son condenados y aquellos que son investigados por

delitos de corrupción y cuyos montos dinerarios obtenidos ilícitamente se estimen elevados a raíz de la investigación del posible delito fuente.

- Otra manera de buscar una lucha más eficaz contra este ilícito penal sería la implementación de políticas y leyes antilavado para los bancos, dándoles la categoría de tercero civilmente responsable a las entidades financieras y bancos que no presten atención y no apliquen eficazmente u oportunamente el sistema antilavado, así de esta manera estas organizaciones tendrán un motivo más para estar alertas en esta ardua lucha.
- Continuando con las pautas para coadyuvar la lucha contra el lavado de activos, es urgente desactivar el desfasado Plan Nacional contra el Lavado de Activos y el Financiamiento del Terrorismo 2018-2021 para implementar un nuevo plan de acuerdo con las exigencias de la realidad social de nuestro Estado, apelando a leyes que hagan posible una mayor colaboración interinstitucional de nuestros órganos estatales poniendo bajo responsabilidad a los funcionarios por la falta de acción frente al pedido de información o apoyo en la investigación de este delito, esto debido a la corrupción enquistada en toda rama y nivel de los órganos estatales que muchas veces traban o estorban a propósito la instrucción de este delito debido a que se encuentran vinculados en este ilícito proceder.

La lucha contra este delito no sólo presenta dificultad en su investigación, sino también una gran problemática al momento de mencionar la colaboración de las instituciones estatales que muchas veces están interesadas en que las investigaciones no lleguen a buen puerto. La colaboración interinstitucional no debe restringirse a una cooperación entre organismos estatales o públicos. GAFI, entre las pautas u consejos brindados exhorta a las instituciones financieras a constituir e integrar un Comité de Comunicación y Control cuya función sea la de inspeccionar la correcta implementación de las políticas antilavado.

La colaboración interinstitucional es un factor clave para fortalecer la lucha contra el delito de blanqueo de bienes, necesario en tanto que la prueba indiciara cumple un rol importante al momento que resulte indispensable probar ante el juez la responsabilidad de los sujetos en juicio oral, es con esta cooperación entre las instituciones financieras mediante las cuales se pueden llegar a obtener los indicios necesarios para descubrir el origen ilícito de los activos e impedir que dinero obtenido producto de activida-

des ilícitas ingresen al sistema económico legal y, en consecuencia, que las organizaciones criminales se infiltren en la sociedad.

Ante la variedad de factores por investigar para lograr una mayor eficacia en la erradicación de este delito es notorio que no será suficiente este espacio para culminar con esta labor académica y ante el mencionado escenario debemos limitar por esta oportunidad la extensión del presente segmento.

XI. CONCLUSIONES

- Es preocupante que la autonomía de los entes encargados de la persecución del delito de lavado de activos sea en estos últimos tiempos muy cuestionada. Entonces, si estos entes, en la «mayoría de casos», delegan sus facultades a los delincuentes, simplemente la sociedad pierde su objeto.
- El delito de lavado de activos es un fenómeno delictivo complejo. La criminología lo define como un proceso en el cual los ingresos obtenidos (dinero) a través de un acto ilícito (denominado delito fuente) son dotados de apariencia de legalidad mediante la realización de actividades económicas-comerciales para posteriormente ser ingresados o insertados en el circuito económico legal.
- A pesar del continuo desarrollo del país, la escena política se ha visto sacudida por una serie de escándalos de corrupción e investigaciones contra funcionarios y servidores públicos, como expresidentes, entre otras figuras políticas reconocidas.
- Prisión, el término se concibe ya no como un medio de purificación del hombre, dándole un valor agregado al utilitarismo económico, sino como una cortina de humo para que la población se mantenga ecuánime, bajo la premisa «nuestras autoridades están luchando contra la delincuencia», mientras en el trasfondo, simplemente, es una forma de inocuizar el pensamiento crítico por el temor, ya que las clases marginales son las que sufren el látigo del poder punitivo del Estado, mas no las clases pudientes. Un pueblo sustentado en la ignorancia está condenado a vivir de lo que le digan, mas no de lo que es.
- Una visión simplista del delito de lavado de activos llevaría a plantear que su único daño es el correcto orden económico, lo que para nosotros es acertado. Sin embargo, bajo un criterio holístico, con este delito conexas

mente se daña también la soberanía del Estado, la democracia, la estabilidad, el bien común, la sostenibilidad, fines que son truncados en cuanto a su realización debido a las repercusiones indirectas de este delito.

- ¿Es eficaz la lucha contra el delito de lavado de activos? Creemos que no. En primer lugar, consideramos necesario que todas aquellas personas que fueron condenadas, así como aquellos que son investigadas por delitos cometidos realizados mediante organización criminal, sean —a su vez— investigados por lavado de activos porque resulta razonable y necesario que las personas que participan de organizaciones criminales tienen por objetivo sacar provecho económico de sus actividades ilícitas, lo cual lleva a gran probabilidad de que actúen para dotar al dinero de origen ilícito con apariencia de legalidad, de tal manera que queda abierta la posibilidad de investigar a un mencionado grupo de personas.
- Otra manera de buscar una lucha más eficaz contra este ilícito penal podría ser la implementación de políticas y leyes antilavado aplicada a los bancos, dándoles la calidad de tercero civilmente responsable a las entidades financieras que no presten atención y no apliquen eficazmente u oportunamente el sistema antilavado. De esta manera, estas organizaciones tendrán un motivo más para estar alertas en esta ardua lucha.
- Es urgente desactivar el desfasado Plan Nacional contra el Lavado de Activos y el Financiamiento del Terrorismo 2018-2021 para implementar un nuevo plan de acuerdo a las exigencias de la realidad social de nuestro Estado, apelando a leyes que hagan posible una mayor colaboración interinstitucional de nuestros órganos estatales poniendo bajo responsabilidad a los funcionarios por la falta de acción frente al pedido de información o apoyo en la investigación de este delito.

BIBLIOGRAFÍA

- Aranguéz, C. (2000). *El delito de blanqueo de capitales*. Madrid: Marcial Pons.
- Ferrajoli, L. (2004). *Las razones del pacifismo. Jueces para la Democracia*, 50.
- Foucault, M. (1993). *Vigilar y castigar: Nacimiento de la prisión*. 2.^a ed. Trad. Aurelio Garzón del Camino. México D.F.: Siglo XXI.
- Hurtado, J. (2011). *Droit pénal économique: questions de a partie générale*. Zurich: Schukthess Juristische Medien AG.

- Martínez, C. (2015). *Derecho penal económico y de la empresa*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Mendoza, F. (2017). *El delito de lavado de activos*. Lima: Instituto Pacífico.
- Ministerio Público. (2017). *Anuario estadístico*. Lima: Orace.
- Ministerio Público. (2013). *Anuario estadístico*. Lima: Orace.
- Pachuri, F. (2019). *Lucha contra la Corrupción del IDEHPUCP*. Recuperado de <https://puntoedu.pucp.edu.pe/opinion/peru-el-silencio-ante-el-lavado-de-activos/>.
- Palma, H. (2000). *Los delitos de blanqueo de capitales*. Madrid: Edersa.
- Proética (2017). *Percepción de corrupción*. Lima: Capitorio Peruano de Transparency International.
- Roxin, C. (1998). *Autoría y dominio del hecho en el derecho penal*. Madrid: Marcial Pons.
- Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (2016). *Reporte estadístico de los reportes de operaciones sospechosas remitidos por cooperativas de ahorro y crédito*. Lima.

BREVE ANÁLISIS DEL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS EN LA LEGISLACIÓN PERUANA

BRIEF ANALYSIS OF DRUG TRAFFICKING CRIME IN PERUVIAN LEGISLATION

*Meliza Espinoza Hilario
Abel Salinas Egoavil
Milena Santos Sánchez
Anthony Villegas Porras*

Universidad Continental

Recepción: 18/10/2018

Aceptación: 20/12/2018

Resumen

El presente trabajo trae consigo un análisis del delito del tráfico ilícito de drogas, se abarcan sus antecedentes en la historia del Perú, su legislación actual del tipo, así como dos casos, los cuales servirán como referente para dilucidar los problemas que engloban los atenuantes y agravantes de este delito. Asimismo, podremos identificar los sujetos intervinientes y el bien jurídico protegido, que ayudarán a realizar un análisis normativo con la estructura sistemática de nuestra legislación.

Palabras clave: Tráfico ilícito de drogas; atenuantes; agravantes; producción, comercialización; actos a fines.

Abstract

The following paper sets an analysis of drug trafficking illicit crime, covering its background in Peru history, its current legislation, as well as two cases which will serve as a reference to elucidate the problems including the mitigating and aggravating factors of this crime. Furthermore, we will be able to identify the intervening subjects and the protected legal right, which will help to carry out a normative analysis with the systematic structure of our legislation.

Palabras clave: Drug trafficking; mitigating circumstances; aggravating circumstances; production circumstances; marketing; commercialization; acts for the purpose.

I. ANÁLISIS CRÍTICO DE POLÍTICAS CRIMINALES EXISTENTES EN MATERIA DE DROGAS ILÍCITAS

1.1. Introducción

La problemática va centrada a medidas tendientes a reprimir las conductas que favorecen el tráfico ilícito de drogas, tanto a nivel nacional como internacional, así como dar a conocer cuál es el principal problema que aqueja a la sociedad y al Estado peruano. Por ello, el presente análisis va referido al estudio del origen y al planteamiento de la problemática nacional con respecto a la presencia de drogas ilícitas que circulan en nuestro territorio, a dar a conocer al Perú como uno de los principales países que producen cocaína, así como al análisis de la vinculación con la política y dar cuenta de la presencia del narcoterrorismo y su origen.

1.2. Historia del tráfico ilícito de drogas en el Perú

Se inicia en la década de 1940, con la presencia de los primeros embarques de cocaína desde el puerto del Callao. En 1985, en el Perú ya se había sembrado 94 800 hectáreas de coca, debido al acelerado crecimiento del cultivo de coca en las décadas de 1960 y 1970, que convirtieron al primer lustro de la década de 1980 en el inicio del boom de la comercialización y el auge del procesamiento de la pasta básica de cocaína (PBC). A causa de lo ya mencionado, hay dos consecuencias: en primer lugar, tenemos el incremento del consumo de cocaína en Estados Unidos y, en segundo lugar, la presencia de los cárteles colombianos en Perú.

1.3. Perú: principal productor de cocaína

El Perú no es considerado un país de consumidores de drogas ilícitas, esta información se puede corroborar con los datos de una encuesta realizada en el año 2012, en la cual se demuestra que Perú se encuentra debajo de la media que muestra América Latina y se menciona que las personas que han consumido alguna droga ilegal es del 8,1 %, mientras que el 4,3% ha consumido marihuana, la droga más común entre los jóvenes.

A diferencia de otros países de América, donde el porcentaje es mayor y fluctúa entre el 20 y 25 %, la razón de que en Perú el porcentaje sea bajo es porque se ha instalado una cultura preventiva. Asimismo, se reconoce que

más del 90 % de la población se encuentra abiertamente en contra de la legalización de las drogas. Esto resulta ser alentador, pero tengamos en cuenta de que Perú es un país productor de PBC, lo que podría crear un contexto en el que los consumidores potenciales podrían adquirirla a precios muy bajos.

El Perú ha sido considerado como uno de los principales productores de droga en el mundo. La Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito reporta que Perú es el segundo productor de cocaína a nivel mundial, ubicándose por debajo de Colombia y por encima de Bolivia. En la actualidad se cultiva coca en 42900 hectáreas del territorio peruano, esto representa al 32 % del cultivo mundial de arbustos de coca. Entre los años 2011 y 2014, esta cifra se habría reducido a 31%; sin embargo al año siguiente, en el 2015, la cifra volvió a subir.

1.4. Vinculación con la política

Esta actividad ilegal no es un problema aislado, ya que también está relacionado e infiltrado en el poder, y sus actores suelen participar en todos los niveles de la política.

Podemos notar con claridad un hecho mencionado en el siglo XX, bajo la presidencia de Alberto Fujimori. La Comisión Especial Investigadora Multipartidaria del Congreso de la República, que era la encargada de investigar y determinar la influencia del narcotráfico en los partidos políticos, reportó que en dicho gobierno se fortalecieron las relaciones entre la política y el narcotráfico, «el mismo que estaba focalizado en un escenario de provisión de drogas, donde la corrupción de militares asentados en las zonas del Alto Huallaga y del VRAEM se daba en el marco de un gobierno de facto manipulado por los servicios de inteligencia cercanos al poder (Montesinos y Fujimori), hecho que era importante para asegurar la salida aérea de las cargas de PBC a los centros de procesamiento de Colombia» (*La República*).

En la actualidad se han dado a conocer diferentes modalidades de involucramiento de los traficantes de droga en la política y son las siguientes:

- En las campañas y procesos electorales.
- En el proceso de aseguramiento de las rutas locales.
- En el criterio de garantizar diversas formas de impunidad, ejerciendo presiones de nivel político para el favorecimiento en sede policial fiscal y judicial.

- Presencia y participación en procesos electorales.
- El libre mercado, el impulso de la inversión privada y el favorecimiento de negocios ilícitos.
- Formación de fortunas mal habidas.
- Influencia sobre la policía.
- Subversión, terrorismo y narcoterrorismo.
- Ejercicio de la violencia, sicariato, ajusticiamiento.

1.5. Narcoterrorismo

El narcotráfico está fuertemente ligado al terrorismo. En el año 1984, el embajador norteamericano Thumbs en Colombia, denominó a esta relación como «narcoterrorismo». En el Perú, hoy en día se contempla a los narcotraficantes y terroristas en el Alto Huallaga y el valle de los ríos Apurímac, Ene y Mantaro (VRAEM). Anteriormente, a fines de 1980 y 1990, estos grupos tuvieron enfrentamientos. Actualmente, la situación es distinta, conviven e incluso coordinan sus actividades ilícitas con la finalidad de repelar las acciones de las Fuerzas Armadas en dichos territorios.

1.6. Los delitos de tráfico ilícito de drogas en el ordenamiento peruano

Respecta de la regulación dentro de nuestra legislación, existen tres momentos en los que el Estado peruano adopta y regula lo referente a la lucha contra las drogas. En primer lugar, desde 1920 se empezó a regular la producción y el comercio de drogas dentro del mercado formal. En segundo lugar, a fines de 1940, el Estado cambió de orientación buscando dar respuesta mediante el Derecho penal al progresivo desarrollo de las organizaciones criminales dedicadas al comercio ilícito de drogas, es decir, la respuesta político-criminal se limitó a lo represivo, a una limitación para frenar tales hechos. Y, en tercer lugar, a fines de 1960, se buscó combinar las medidas legislativas represivas con aquellas que buscaban la salubridad, y es por ello que se empezó a mencionar a las drogas como un problema eminente de índole social.

En nuestro país, la expansión del Derecho penal hacia la represión del tráfico ilícito de drogas se debió a la existencia de nuevas valoraciones de interés preexistentes, y ya en la actualidad se aprecia que el Estado peruano

ha adecuado su legislación en materia de lucha contra el tráfico ilícito de drogas siguiendo estándares internacionales.

Gracias a estos estándares internacionales, el Estado peruano adoptó medidas legislativas orientadas a asegurar la disponibilidad de estupefacientes y sustancias psicotrópicas para fines exclusivamente médicos y científicos, y, además, impuso sanciones penales para combatir la producción, posesión y el tráfico ilícito de drogas.

1.7. Análisis jurisprudencial: Casación 738-214 Cajamarca

En el presente caso se cuestiona la sentencia de vista del diecisiete de setiembre de dos mil catorce que confirmó la sentencia de primera instancia del veintiocho de enero de dos mil catorce, en la que se condena a Eliter Sánchez Mera como autor del delito contra la salud pública-posesión de drogas tóxicas para tráfico, en la modalidad agravada del numeral 3 del artículo 297 del *Código Penal* y además del artículo 296, segundo párrafo, del mismo cuerpo normativo, en agravio del Estado, imponiéndosele 15 años de pena privativa de libertad, diez mil nuevos soles por reparación civil y ciento ochenta días multa e inhabilitación para ejercer cualquier cargo público como profesional técnico de enfermería por el periodo de diez años.

Ya en primera instancia, el juzgado penal colegiado había dictado la sentencia del veintiocho de enero de dos mil catorce, que condena a Eliter Sánchez Mera como autor del delito contra la salud pública-posesión de drogas tóxicas para el tráfico, en agravio del Estado e imponiéndole quince años de sanción y diez mil nuevos soles por reparación civil. Esta decisión tiene como consecuencia de que el abogado defensor interponga un recurso de apelación.

Al llevarse a cabo la audiencia de apelación de sentencia, realizada el veintisiete de agosto de dos mil catorce, la sentencia de vista (recurrida en casación) confirmó la de la primera instancia, que lo condenó como autor del delito indicado.

El Tribunal Supremo da a conocer la intención del uso de esta agravante para incrementar la pena, y va referida al inciso 3 del artículo 297 de que el solo hecho de admitir la imposición de la pena no debe sustentarse o incrementarse en razón de aspectos de la vida o personalidad del autor, esto no vendría a ser parte de un Estado Constitucional de Derecho, por lo que se debió haber tomado dos aspectos importantes para incrementar la pena,

considerando la agravante. En primer lugar, no basta el solo hecho de que el imputado tenga la condición de «profesional sanitario de salud» y en segundo lugar, no solo se debe tener en cuenta las intenciones, sino que su accionar delictivo se haya verificado en el contexto, y aprovechado el ejercicio de su condición de tal, con las posibles consecuencias de riesgo para la salud.

Así, se declara fundada la casación de oficio por errónea interpretación del numeral 3 del artículo 297 y artículo 297, y con la consiguiente reformulación, condenaron a Eliter Sánchez Mera como autor del delito contra la posesión de drogas tóxicas para el tráfico, imponiéndosele 8 años de pena privativa de libertad.

II. DELITOS TÍPICADOS EN EL ARTÍCULO 296

El artículo 296 del *Código penal* ha sido considerado como el tipo base del delito del tráfico ilícito de drogas, al definir qué actos configuran dicho delito. Sin embargo, este artículo no tipifica un solo delito, sino cuatro delitos diferentes entre sí.

Es a raíz de esto que cabe considerarlo como un tipo penal de composición múltiple, que además dota de características propias a cada una de las cuatro conductas delictivas, identificándose, por tanto, elementos típicos y momentos consumativos diferenciables.

Ahora bien, a raíz del análisis del artículo 296, encontramos los siguientes delitos: a) De la promoción, favorecimiento o facilitación del consumo ilegal de drogas mediante actos de fabricación o tráfico b) De la posesión de drogas para su tráfico ilícito c) Del suministro, la producción o comercialización de materias primas o insumos destinados a la elaboración de drogas y actos afines de promoción d) De la conspiración para promover, favorecer o facilitar el tráfico ilícito de drogas.

2.1. De la promoción, favorecimiento o facilitación del consumo ilegal de drogas mediante actos de fabricación o tráfico

En este supuesto, el sujeto activo debe ejecutar actos de fabricación o tráfico y con ello promover, favorecer o facilitar el consumo de drogas a potenciales usuarios. Por lo que se trataría entonces de conductas que difunden

o expanden el consumo ilegal. Debemos considerar que la base conductual que da origen a todo el ciclo referente a la facilitación del consumo de drogas a terceros es la fabricación y tráfico de las mismas.

En tal sentido, cabe aclarar que se **promueve** el consumo cuando este no se ha iniciado, se **favorece** cuando se permite su expansión y se **facilita** cuando se proporciona la droga a quien ya está iniciado en el consumo. Además, es necesario precisar que este acto punible debe estar siempre orientado hacia el consumo ajeno.

Este supuesto es un tipo penal alternativo, pues comprende varias opciones para la materialización de la conducta punible, aunque para su tipificación tan solo será necesario que el sujeto activo realice cuando menos uno de aquellos comportamientos que constituyen actos de fabricación o tráfico, los cuales podrían ser, según el artículo 89 de la Ley N.º 22095: reparar, elaborar, manufacturar, componer, convertir o procesar cualquier sustancia fiscalizada.

Debemos indicar que el tipo subjetivo de este delito requiere el dolo, pues la propia naturaleza del tráfico ilícito de drogas demanda exigir que la motivación del sujeto activo sea lucrativa.

2.2. De la posesión de drogas para su tráfico ilícito

Para la consumación de este supuesto delictivo, se requiere que el agente materialice, de cualquier modo, la tenencia o posesión de droga fiscalizada. Cabe mencionar que la clase o cantidad de droga poseída no afecta la tipicidad del acto, pero sí podría configurar una circunstancia atenuante o agravante en la medida que se cumplan con los demás requisitos cuantitativos y cualitativos establecidos en los artículos 297 y 298 del *Código penal*.

Ha de mencionarse que este supuesto no criminaliza la posesión de drogas para el propio consumo o de posesión de drogas con finalidad diferente a la del tráfico o comercio ilegal, pues carecería de relevancia penal. En un plano subjetivo, la tenencia o posesión dolosa de la droga debe estar orientada hacia un acto posterior del tráfico, es decir, debe coexistir en el agente activo una finalidad comercializadora de la droga poseída. Por esa razón, la tipicidad de este delito exige una **tendencia interna trascendente**, la cual implica que, además del dolo, el agente activo tenga propuesto un fin ulterior a la posesión y que la droga deba estar destinada al comercio o tráfico ilícito.

No obstante, ello no requiere que aquel objetivo o finalidad se consume de manera objetiva, pues será suficiente que tal finalidad se encuentre presente al momento de poseer la sustancia delictiva.

2.3. Del suministro, la producción o comercialización de materias primas o insumos destinados a la elaboración de drogas y actos afines de promoción

En esta estructura normativa, se identifican dos conductas delictivas que se encuentran relacionadas con la introducción al país, la producción, el almacenamiento, el acopio, el suministro o la comercialización de materias primas y sustancias químicas con dos finalidades ilícitas: a) ser destinadas a la elaboración de drogas, y b) su aplicación en las etapas de maceración y procesamiento de materias primas para la obtención de sustancias adictivas fiscalizadoras.

Este tipo penal tipifica de modo autónomo y específico actos que tienen lugar con anterioridad a la fabricación o al tráfico de drogas, aunque también se alude con él a conductas conexas de inducción y colaboración para la realización de tales actividades; tratándose, entonces, de una punición específica de actos preparatorios y formas de participación.

Este tipo penal engloba conductas alternativas, pues tan solo basta que el agente ejecute cualquiera de ellas para que la conducta realizada resulte punible. Entre estas acciones típicas, tenemos:

2.3.1. Introducción al país

Son actos de contrabando o importación clandestina, lo cual refiere que las materias primas o sustancias químicas son ingresadas al territorio desde el extranjero por el agente de cualquier manera, en cualquier ocasión o lugar que opere como punto de frontera formal o informal.

2.3.2. Producción

Se alude al procedimiento inicial, intermedio o final que corresponda a la producción u obtención de materias primas o sustancias químicas; se infiere que estos son actos anteriores a la provisión de o al acopio, pero que pueden ser realizados secuencialmente por un mismo agente.

2.3.3. Acopio

La conducta del agente equivale a la recolección o concentración física de las materias primas o insumos en un lugar o ante una persona determinada para su posterior desplazamiento a zonas de elaboración de drogas o comercialización de terceros.

2.3.4. Provisión

La realización de este supuesto equivale al suministro de materias primas o insumos a terceros para su almacenamiento o acopio, así como para la aplicación de los mismos en los procesos y etapas de producción de drogas.

2.3.5. Comercialización

Se trata de cualquier forma de enajenación que haga el agente de las materias primas o insumos. Esta debe pactarse necesariamente en términos lucrativos que le reporten un beneficioso pecuniario.

2.3.6. Transporte

Comprende todo tipo de desplazamiento de las materias primas o sustancias químicas que se desarrollen con la finalidad de trasladarlas de un lugar determinado a otro.

2.3.7. Actos de promoción

Aquellos que predisponen o favorecen la realización de cualquiera de los actos anteriormente descritos, considerados como formas de inducción o instigación. Cabe mencionar que esta no se puede materializar si existe engaño, amenazas o violencia física.

2.3.8. Actos de facilitación

Este supuesto típico involucra cualquier tipo de forma de colaboración, sea material o intelectual, que brinda al agente un tercero que está por realizar actividades de provisión, acopio, producción o comercialización de materias primas o insumos; este se centra en la generación o mantenimiento de condiciones favorables y adecuadas para dichos actos.

2.3.9. Actos de financiamiento

Integrados por las diferentes formas de suministro o facilitación de recursos económicos que deben aplicarse para la iniciación de actividades como: provisión, acopio, producción o comercialización de materias primas o insumos. Este financiamiento puede ser parcial o total, temporal o permanente, sin que ello afecte la tipicidad del acto, aunque no es necesario que la consumación del mismo se realice de manera exitosa.

2.4. De la conspiración para promover, favorecer o facilitar el tráfico ilícito de drogas

Es el último delito que incluye el artículo 296, este consiste en participar de una concertación para realizar actos delictivos futuros de promoción, favorecimiento o facilitación de tráfico ilícito de drogas; el mínimo de participantes que deben intervenir en tales actos debe ser dos personas.

Los conspiradores se limitan a idear, bosquejar, acciones o estructuras criminales que se materializan posteriormente, dado que se trata de actos preparatorios criminalizados autónomamente y donde lo esencial y punible es el intercambio y acuerdo de voluntades con relación a un proyecto en común: la promoción, favorecimiento o facilitación del tráfico ilícito de drogas.

Su tipicidad objetiva requiere el dolo, esta se perfecciona con la mera reunión de los conspiradores, aunque esta se relacione una sola vez, por lo que no resulta necesario que el proyecto criminal se implemente materialmente, ni que su concreción sea exitosa o fracase.

III. CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES Y ATENUANTES

3.1. Circunstancias agravantes

Las circunstancias agravantes se encuentran reguladas en el artículo 297° del *Código penal*, están repartidas en 2 grados o niveles para la acreditación de imposición de una mayor penalidad o menor. El segundo nivel conlleva una mayor penalidad que la primera.

3.1.1. Circunstancias agravantes de primer nivel o grado

- La penalidad es no menor de 15 años ni mayor de veinticinco años.
- No menor de ciento ochenta ni mayor de trescientos sesenta y cinco días multa e inhabilitaciones según los incisos 1, 2, 4, 5 y 8 del artículo 36° del *Código penal*.

a. Agravante por la condición personal del agente (inciso 1 del artículo 297° del Código penal)

El agente comete el hecho abusando del ejercicio de la función pública (...).

Esta agravante vincula al agente con una facultad o un deber especial que tenga, ya sea derivado de su función o profesión ejercida, remitiéndolo a un abuso de la posición o infracción deliberada de los deberes profesionales que ostente la persona.

Además, se debe considerar que el artículo expresamente nos remite a si la persona el la persona que comete el hecho es un funcionario público, pero no es suficiente constatar lo dicho anteriormente, sino que ejerce una situación de abuso.

Inciso 2 y 3 del artículo 297° del Código penal

El agente tiene la profesión de educador o se desempeña como tal en cualquiera de los niveles de enseñanza (...).

El agente es médico, farmacéutico, químico, odontólogo o ejerce otra profesión sanitaria (...).

En este caso, la agravante toma solo en cuenta la profesión del infractor y la confianza social que este inspira acerca del ejercicio ético que desempeña. Para este caso, bastará con solo acreditar que el autor o partícipe tenía la calidad de educador o que ejercía una profesión sanitaria al tiempo de la comisión del delito.

Este supuesto es punto de crítica, que a futuro se debería evaluar la posición del agente en el pasado, para subsumir en este inciso, y que en la actualidad existe el vacío sobre una no tipificación cuando el hecho punible sea realizado por un médico que ya no ejerce la profesión o cuando un docente se encuentre jubilado, es de suma importancia ver estas deficiencias.

b. Agravante por el lugar de comisión del delito (inciso 4 del artículo 297° del Código penal)

El hecho es cometido en el interior o en inmediaciones de un establecimiento de enseñanza, centro asistencial, de salud, recinto deportivo, lugar de detención o reclusión (...).

Este inciso se encuentra asociado con determinados ambientes o locales, que se encuentren habilitados para una mayor expansión y difusión sobre la facilitación o favorecimiento del consumo ilegal de drogas, «donde exista una mayor peligrosidad que represente la acción criminal en lugares de mayor afluencia de personas, donde el contagio intelectual es más viable y efectivo.» (Prado, 2017, p. 175).

Además, hace alusión a ambientes y locales que se encuentren conectados a actividades educativas, sanitarias, deportivas o de detención y reclusión, donde la afluencia se encuentre activa para la comisión del hecho. No obstante, el agravante no sería de aplicación cuando el agente lo realice, por ejemplo, en horas de la madrugada en la puerta del colegio, o dentro de un centro deportivo que se encuentre clausurado.

c. Agravante por el modo de ejecución (inciso 5 del artículo 297° del Código Penal)

...los utiliza para la venta o emplea a una persona inimputable (...).

El segundo párrafo, hace referencia a que el agente utiliza a un intermediario para actos de tráfico ilícito de drogas.

La ley agrava este supuesto, ya que existe un supuesto de autoría mediata, donde el agente utiliza a un menor de edad o a un inimputable para la comisión del hecho delictivo.

De esta manera, el intermediario que realiza esta acción no debe poseer la facultad de comprender el carácter delictuoso de su acto y que sea menor de 18 años. La condición de inimputable debe ser de conocimiento del agente, dado que si lo ignora no se aplica esta agravante.

d. Agravante por el destinatario del tráfico ilícito (inciso 5 del artículo 297° del Código Penal)

El agente vende drogas a menores de edad (...).

El destinatario de las drogas será un menor de edad. La justificación de esta agravante recae en que el destinatario es un menor, donde el consumo lleve a la farmacodependencia precoz, así como los efectos degenerativos a los que llevan estas sustancias.

Se requiere que el agente que cometa este hecho delictivo conozca que sus destinatarios sean de notoria minoría etaria.

Esta agravante no desaparece, aun cuando el menor haya solicitado su venta y posterior consumo.

e. Agravante por la pluralidad de agentes (inciso 6 del artículo 297° del Código Penal)

El hecho es cometido por tres o más personas (...).

Se incorpora el agravante cuando la intervención haya sido conjunta de tres o más personas en la comisión delictiva.

Alude a un nivel de coautoría y autoría funcional, el cual debe ser en comisión de un concierto criminal, mas no una banda criminal. Por tanto, la reunión de estos agentes debe dser ocasional y no de una estructuración jerárquica criminal con fines de permanencia y continuidad operativa.

f. Agravante por integrar una organización criminal (inciso 6 del artículo 297° del Código Penal)

(...) o en calidad de integrante de una organización criminal dedicada al tráfico ilícito de drogas, o al desvío de sustancias químicas controladas o no controladas o de materias primas a que se refieren los artículos 296° y 296°-B (...).

El delito debe ser cometido en calidad de integrante de una organización dedicada al tráfico de drogas o que se dedique a la comercialización de insumos para posterior elaboración.

El agente debe haber realizado diversos actos que conduzcan a un hecho delictivo, caso contrario, solo será considerado como integrante de una organización criminal tipificado en el artículo 317° del *Código penal*.

El momento donde no se configura un agravante es cuando el agente realice actos delictivos fuera de una estructura criminal, como también si el agente ejerce actos de operación o estrategias.

g. Agravante por excesiva cantidad de droga (inciso 7 del artículo 297° del Código penal)

La droga a comercializarse o comercializada excede las siguientes cantidades: veinte kilogramos de pasta básica de cocaína o sus derivados ilícitos, diez kilogramos de clorhidrato de cocaína, cinco kilogramos de látex de opio o quinientos gramos de sus derivados, y cien kilogramos de marihuana o dos kilogramos de sus derivados o quince gramos de éxtasis, conteniendo Metilendioxianfetamina - MDA, Metilendioximetanfetamina - MDMA, Metanfetamina o sustancias análogas (...).

Este inciso regula las cantidades (volumen) excesivas de droga, que son objeto de la acción delictiva; por ello bastará con superar los parámetros establecidos en el artículo.

- 20 kilogramos de PBC y derivados.
- 10 kilogramos de clorhidrato de cocaína.
- 5 kilogramos de látex de opio.
- 500 gramos de derivados de látex de opio.
- 100 kilogramos de marihuana.
- 2 kilogramos de derivados de marihuana.
- 15 gramos de éxtasis con contenido de metanfetaminas.

Dentro de la norma no se ha establecido la cantidad de materias primas de coca o insumos químicos como el ácido clorhídrico.

3.1.2. Circunstancias agravantes de segundo nivel o grado

La penalidad es no menor de veinticinco años ni mayor de treinta y cinco años. Encontrado en el último párrafo del artículo 297° del *Código penal*.

a. Agravante por posición del agente en una organización criminal dedicada al tráfico ilícito de drogas (párrafo último del artículo 297° del Código penal)

La pena será privativa de libertad no menor de veinticinco ni mayor de treinta y cinco años cuando el agente actúa como jefe, dirigente o cabecilla de una organización dedicada al tráfico ilícito de drogas o insumos para su elaboración (...).

Regula la posición del agente desde tres ámbitos:

- Jefe,
- dirigente,
- cabecilla.

Haciendo un enfoque, dentro de la organización criminal, podemos definir el jefe o dirigente como aquella persona que tiene el mando central. Este agente se ubica en el punto más alto de la organización.

Este respondería a las preguntas de él qué y el cómo para quien desempeña el rol de organización, direccionamiento y planes estratégicos y de planeación del grupo delictivo.

En la sociedad se puede reconocer como el capitalista y nexo con organizaciones extranjeras o como el órgano central de nivel ejecutivo y visible de la firma.

Por su parte, el cabecilla es aquel que se encuentra en el mando intermedio, es aquel que se vincula con las planificaciones de las operaciones, control de acciones ejecutivas de otros integrantes de menor nivel, aquel que verifica la cantidad de droga que se compra y su acopio, así como la cantidad de droga que se llevará en los viajes.

b. Agravante por financiamiento a las actividades terroristas (párrafo último del artículo 297° del Código Penal)

Igual pena se aplicará al agente que se vale del tráfico ilícito de drogas para financiar actividades terroristas (...).

La coyuntura que involucró regular esta agravante en nuestra legislación fue el hecho de que entre 1980 y 2000 en nuestro territorio peruano las constantes luchas de las organizaciones terroristas se hacían evidentes a la clara obtención de financiamiento voluntario o coactivo de firmas narcotraficantes.

Esta agravante exige que el agente pueda utilizar el acto delictivo para proveer recursos económicos para ejecutar actos u operaciones integrantes de un proyecto terrorista.

El agravante exige que el acto necesariamente no haya sido concretado o ejecutado.

3.2. Circunstancias atenuantes

Se encuentran reguladas en el artículo 297° del *Código penal*, tiene una conexión con la cantidad de droga que ejecute el agente. Si este tiene menos de la cantidad establecida, se configura el atenuante; caso contrario, si el agente tiene una mayor cantidad, se configuraría las agravantes correspondientes.

Las penas impuestas serían de no menor de tres ni mayor de siete años de pena privativa de la libertad.

3.2.1. Atenuante por el volumen de droga que tenga el agente (inciso 1 del artículo 298° del Código penal)

La cantidad de droga fabricada, extractada, preparada, comercializada o poseída por el agente no sobrepase los cincuenta gramos de pasta básica de cocaína y derivados ilícitos, veinticinco gramos de clorhidrato de cocaína, cinco gramos de látex de opio o un gramo de sus derivados, cien gramos de marihuana o diez gramos de sus derivados o dos gramos de éxtasis, conteniendo Metilendioxianfetamina - MDA, Metilendioximetanfetamina - MDMA, Metanfetamina o sustancias análogas (...).

Refiere a que si su fabricación, extractada, preparada, comercializada o poseída, no exceda las cantidades fijadas por ley. Esto configura una leve intensidad, lo cual favorece a la reducción de la punibilidad del delito.

Las cantidades que configuran atenuantes son:

- 50 gramos de pasta básica de cocaína y derivados ilícitos.
- 25 gramos de clorhidrato de cocaína.
- 5 gramos de látex de opio.
- 1 gramo de derivados de látex de opio.
- 100 gramos de marihuana.
- 10 gramos de derivados de marihuana.
- 2 gramos de éxtasis con contenido de metanfetaminas.

La atenuante no pierde efecto si es que agente realiza los actos delictivos con varias clases de drogas, siempre y cuando respete las cantidades para la atenuación.

3.2.2. Atenuantes por volumen de materias primas o insumos (inciso 2 del artículo 298° del Código penal)

Las materias primas o los insumos comercializados por el agente que no excedan de lo requerido para la elaboración de las cantidades de drogas señaladas en el inciso anterior (...).

De la misma forma, es atenuante el requerir droga con menor cantidad de lo establecido. Por supuesto, estos insumos y materias primas requieren ser verificados por peritos químicos especializados.

3.3. Irrelevancia de los actos de consumo personal de drogas

Según el artículo 299°, no es típica la posesión de drogas para el propio consumo. Así el sujeto posea cantidades que superen lo permitido.

IV. EL TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS EN EL PROCESO PENAL

4.1. Protección de testigos y peritos

La experiencia nos ha llevado a darnos cuenta de que, en muchos casos, la incomparecencia o las evasivas de los ciudadanos, ya sea como testigos o como peritos ante causas penales llevadas contra traficantes de drogas, se da por el temor de sufrir represalias, tanto por parte del imputado como por por parte de la organización a la que podría pertenecer.

Por tal motivo, se cae en una situación en la que el acceso a testimonios y pruebas determinantes en estos casos es deficiente y con eso se aumenta la dificultad de llegar a una condena para los que cometen el delito tipificado en el artículo 296 del *Código penal*.

Es común que, ante casos de tráfico ilícito de drogas, los testigos o peritos que deben comparecer en los juicios para ayudar a la actuación efectiva de la justicia tengan temor por ellos mismos o por sus familias, ya que muchas veces pueden ser amenazados o agredidos para que no lleguen a presentarse en el proceso.

Es por tal motivo que en nuestra legislación se regulan formas de protección para que estos testigos puedan tener seguridad de que no les va a pasar nada malo por su participación en el proceso.

Para lograr que los testigos o peritos no se vean afectados por su participación en estos casos, tienen acceso a medidas de protección reguladas en los artículos N.º 248 y 249 del *Código Procesal penal*.

4.2. Análisis de caso

R.N. N.º 1149-2016 Lima Norte

En base a esta resolución, analizaremos el principio de proporcionalidad en los delitos de tráfico ilícito de drogas.

La sentenciada interpone recurso de nulidad en contra de la resolución que la sentencia a ocho años de pena privativa de libertad efectiva, argumentando que i) en todo momento se consideró responsable de los hechos que se le imputan y aceptando los mismos; ii) no cuenta con antecedentes penales ni policiales; iii) la Sala Penal no consideró estos hechos al momento de emitir el fallo; iv) que, en base a los artículos 160 y 161 del *Código procesal penal* (confesión sincera), le corresponde una deducción de hasta una tercera parte por debajo del mínimo legal de la pena; v) que, por haberse acogido a la conclusión anticipada, se le debe reducir adicionalmente la pena hasta una sexta parte de la pena conforme al artículo 471 del *Código procesal*.

Así tal como lo expresa la R.N. N.º 1149-2016, Lima Norte

[L]as exigencias que determinan la dosificación de la pena no se agotan en los criterios generales de individualización de la pena, sino que también se debe tener en cuenta el principio de proporcionalidad previsto en el artículo octavo del Título Preliminar del Código Penal limite al *ius puniendi*, que procura la correspondencia entre el injusto cometido y la pena a imponerse. (Principio de Proporcionalidad en el delito de Tráfico Ilícito de Drogas, 2016).

También se debe considerar que el fin que persigue la pena es preventivo, protector y resocializador.

Así, la sentenciada alega que la Sala Superior no tuvo en cuenta su arrepentimiento por el delito cometido y sus condiciones personales y culturales; sin embargo, la Sala Penal Superior sí consideró dichas condiciones.

BIBLIOGRAFÍA

- Cáceres J. (2008). *Habeas corpus contra el autoapertorio de instrucción*. Lima: Grijley.
- Mendoza, F. (2012). *La necesidad de una imputación concreta en el desarrollo del proceso penal cognitivo*. Arequipa: San Bernardo.
- República, C. d. (s.f.). *Narcotráfico y política*. 85.
- Prado, V. (2017). *Derecho penal parte especial: los delitos*. Lima: PUCP.

IMPLICANCIAS DE LA REVISIÓN DEL EXPEDIENTE TÉCNICO DE OBRA CONTEMPLADO EN EL DECRETO SUPREMO N.º 344-2018-EF, REGLAMENTO DE LA LEY N.º 30225, LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO

IMPLICATIONS OF THE TECHNICAL WORK FILE REVISION CONTEMPLATED IN SUPREME DECREE N.º 344-2018-EF, LAW REGULATION N.º 30225, STATE CONTRACTING LAW

*Hugo Sologuren Calmet**
Pontificia Universidad Católica del Perú

Recepción: 30/10/2018

Aceptación: 31/12/2018

Resumen

El autor aborda la problemática que se genera a partir de la revisión del expediente técnico de obra por parte del contratista, en referencia a la detección de errores en su formulación que pudiesen afectar la ejecución de las actividades contractualmente asumidas, esto es, dentro de los términos señalados en el artículo 177 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, además de identificar las labores y responsabilidad que debe asumir la entidad frente a tal contexto.

Palabras clave: Expediente técnico; prestaciones adicionales; ampliaciones de plazo; riesgos.

* Abogado senior con más de treinta y cinco años de experiencia en áreas de derecho económico y empresarial, así como en derecho administrativo, y organismos supervisores y reguladores, contratación pública y concesiones. Con especial formación en conciliación, negociación y arbitraje; gestor y promotor de la fundación del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, presidió por siete años la Comisión Administradora del Centro de Arbitraje de dicha organización gremial, exvocal de la Corte y de su Consejo Superior de Arbitraje. Se ha desempeñado como Arbitro Único o integrante de Tribunales Arbitrales en casos internacionales y nacionales, integrante de la lista de árbitros del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional-París, del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, de AMCHAM PERÚ, de la CCP de Arequipa, de la CCP de Puno, del OSCE y otros. Ha ejercido la Presidencia de la Cámara de Comercio de Lima en dos períodos, la vicepresidencia de Osinergmin por más de cinco años y de la ODI-CAM (Indecopi) por más de cuatro años, la vicepresidencia del Consejo Superior de Arbitraje del Colegio de Abogados de Lima, presidente o director de empresas nacionales y extranjeras, así como consultor de comisiones mixtas de negociaciones, y comercio exterior del sector público y privado

Abstract

The author addresses the problem that is generated from the review of the technical work file by the contractor, in reference to the detection of errors in its formulation that could affect the execution of the contractually assumed activities, within the terms indicated in article 177 of the Regulations of the State Contracting Law, in addition to identifying the work and responsibility that the Entity must assume in relation to such context.

Palabras clave: Technical work file; additional benefits; period extensions; risks.

I. INTRODUCCIÓN

La norma que regula las contrataciones del Estado es una de las que más sufre modificaciones en el tiempo; solo para citar un ejemplo, desde la vigencia de la Ley N.º 30225 ocurrida el 9 de enero de 2016 hasta la actualidad, ya ha sufrido dos modificaciones.

La última modificatoria se ha realizado mediante el Decreto Legislativo N.º 1444, el cual ha incorporado diversas reformas a la Ley de Contrataciones, siendo que dicha modificación se encuentra vigente desde el 30 de enero de 2019, al igual que el Decreto Supremo N.º 344-2018-EF, Reglamento de la Ley N.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado (en adelante, RLCE).

Entre las diversas modificaciones incorporadas, con el dispositivo normativo antes citado, tenemos la incorporación del artículo 177º del RLCE¹, el cual establece la obligación del contratista de revisar el expediente técnico de la obra en un determinado plazo a fin de presentar al supervisor las

1 Artículo 177. Revisión del expediente técnico de obra

Dentro de los quince (15) días calendario del inicio del plazo de ejecución de obra, para el caso de obras cuyo plazo sea menor o igual a ciento veinte (120) días y dentro de los treinta (30) días calendario para obras cuyo plazo sea mayor a ciento (120) días calendario, el contratista presenta al supervisor o inspector de obra, un informe técnico de revisión del expediente técnico de obra, que incluya entre otros, las posibles prestaciones adicionales, riesgos del proyecto y otros aspectos que sean materia de consulta. El supervisor o inspector dentro del plazo de siete (7) días calendario para obras con plazo menor o igual a ciento veinte (120) días y diez (10) días calendario para obras con plazo mayor a ciento veinte (120) días, eleva el informe técnico de revisión del expediente técnico de obra a la Entidad, con copia al contratista, adjuntando su evaluación, pronunciamiento y verificaciones propias realizadas como supervisión o inspección.

posibles prestaciones adicionales, riesgos del proyecto y otros aspectos que sean materia de consulta.

El presente artículo expone algunas reflexiones sobre esta regulación, su finalidad y algunos aspectos que son necesarios tener en cuenta.

II. BREVE ANTECEDENTE

Antes de la incorporación del artículo 177° del RLCE, algunas entidades públicas como, por ejemplo, el Programa Nacional de Infraestructura Educativa (PRONIED) consideraba en las bases administrativas de sus procesos de selección para la ejecución de obras una obligación adicional impuesta al contratista que señalaba lo siguiente:

Después del inicio contractual, y en un plazo no mayor a treinta (30) días, se pronunciará sobre la revisión total del expediente técnico indicando sus observaciones con la finalidad de coordinar la respuesta y solución a las observaciones oportunamente, evitando que se originen variaciones de obra, ampliaciones de plazo o trabajos no necesarios para conseguir la finalidad de la obra.

La finalidad de esta «obligación adicional», establecida en las bases de los procesos de selección, era la de cargar al contratista con realizar una observación temprana del expediente técnico a fin de que no aprovechara las deficiencias del expediente técnico y las usara en la forma y tiempo que más le convenga, es decir, que se generara una situación de favorecimiento al contratista al conocer de las deficiencias inicialmente y solo usarlas cuando le convenía.

En esencia esta «obligación adicional» es el antecedente más cercano en el ámbito de la contratación pública de la disposición contenida en el artículo 177° del RLCE.

Ahora, la «obligación adicional» bajo comentario, si bien tuvo un impacto relativamente positivo en relación con su finalidad, pasó de ser una buena idea a ser un escudo infranqueable de defensa de las entidades públicas para denegar ampliaciones de plazo a los contratistas e incluso para sostener, en algunas ocasiones, la invalidez de las resoluciones de contrato que realizaban estos.

Así, si en la ejecución de una obra (después de los 30 días establecidos en la obligación adicional) se encontraba una deficiencia del expediente técnico y se planteaba una consulta y luego se solicitaba una ampliación de plazo,

la denegación de este pedido por la entidad se basaba, entre otros motivos, en el hecho de que el contratista no había cumplido con su obligación adicional de revisar de forma completa el expediente y de manifestar todas las observaciones necesarias en el plazo de 30 días, conforme lo establecían las bases, documento que conforma el contrato.

Por lo que no solo era un motivo para denegar la ampliación de plazo, sino que además, estaba establecida como una «obligación adicional», era un motivo para que la entidad pudiera resolver el contrato al contratista por haber incumplido con dicha obligación, teniendo en cuenta que la facultad resolutoria de la entidad es más amplia y está habilitada para poder resolver el contrato por cualquier incumplimiento de obligaciones contractuales del contratista.

III. PROBLEMA SUSTANCIAL: EXPEDIENTE TÉCNICO

Hasta aquí, aparentemente, los problemas en la ejecución de una obra obedecerían únicamente a que el contratista no habría cumplido con su obligación de revisar totalmente el expediente y de no haber presentado todas las posibles prestaciones adicionales, riesgos del proyecto y otros aspectos que sean materia de consulta, esto es, en el plazo establecido.

Pero en realidad los problemas que suceden en una obra únicamente se deben al incumplimiento de un contratista por no haber presentado las posibles prestaciones adicionales, riesgos del proyecto y otros aspectos que sean materia de consulta.

Para tener un contexto adecuado, debemos considerar que el modelo de construcción (*o project delivery system*) adoptado por el Estado, en el marco del RLCE es el sistema tradicional, a partir del cual el propietario (Estado) comúnmente contrata a un tercero para que elabore el expediente técnico (ingeniería para construir) y luego lo aprueba.

Una vez aprobado el expediente técnico, el Estado convoca los procesos de selección respectivos para que se contrate al ejecutor de la obra, quien, una vez que ha obtenido la buena pro y ha suscrito el contrato, debe ejecutar la obra de conformidad con lo establecido en el expediente técnico que le fue entregado por la entidad pública correspondiente.

Así, tenemos que el contratista ejecutor no ha intervenido en la elaboración del expediente técnico, incluso del modo cómo está organizado el

RLCE no puede proponer mejoras al expediente técnico en la etapa del proceso de selección, solo puede observarlo.

Ahora, bajo este esquema, el Estado es el responsable de la elaboración y aprobación del expediente técnico (denominado también como proyecto definitivo o ingeniería de detalle).

El proyecto definitivo contiene los planos generales, los planos de detalle, las especificaciones técnicas, las memorias de cálculo, las bases de la licitación y elaboración de presupuestos. En consecuencia, el proyecto debe contener todos los antecedentes que permitan la ejecución de la obra (Molina y Ríos, 2016, p. 118).

En el esquema del sistema tradicional adoptado por el Estado se encuentra marcada la asignación de riesgos. Así, quien debe responder por las deficiencias del expediente técnico o proyecto definitivo es el propietario de la obra (el Estado), siendo el responsable de las deficiencias de la ejecución de la obra el contratista

Evidentemente, el contratista debe ejecutar la obra de acuerdo con las indicaciones dadas por el propietario de esta. Si el proyecto definitivo (expediente técnico) posee deficiencias, defectos, vacíos o errores, estos impactarán en la obra, sea en función al plazo, alcance o precio de esta.

En una obra de carácter privada no habría mayor inconveniente si se presentaran deficiencias en el expediente técnico, ya que estas puedan ser resueltas de forma directa y por acuerdo entre las partes; sin embargo, ello no sería tan posible en el marco de la contratación pública, dado que las entidades, pese a que el expediente posee deficiencias, presentan una marcada defensa del proyecto definitivo sin revisar y analizar si la deficiencia en esencia genera un impacto en la obra.

No obstante, esta perspectiva de defensa marcada en la administración pública no es tan marcada en otros países. Por ejemplo, en Chile, la Contraloría General de la República de dicho país desde hace mucho tiempo ha señalado y establecido una óptica de la responsabilidad del Estado en la elaboración de los proyectos definitivos, que consideramos correcta, y que se expresa en el Dictamen N.º 4.606 de 2009, en el cual se ha precisado que los servicios públicos que convocan a una licitación para la ejecución de una obra pública deben velar también porque el proyecto respectivo defina en forma suficiente la obra a realizar, con la finalidad de que los

interesados puedan efectuar una evaluación precisa de las partidas a construir y de sus valores y que es la Administración la responsable de que la obra que encarga quede completamente definida en los antecedentes de la licitación, sin que sea dable exigir a los proponentes que deban llenar los vacíos de que adolezcan esos instrumentos.

En el estricto sentido, la asignación de riesgos en la construcción (de forma independiente a si estamos en contratación pública o privada), si el dueño de la obra entrega al contratista la ingeniería de detalle (proyecto definitivo o expediente técnico) y le exige que ejecute la obra de acuerdo con dicha documentación, también asume el riesgo de las deficiencias que pueda tener el proyecto definitivo, por lo tanto el contratista no debe ser responsable por aquello en lo cual no ha participado ni ha tenido a su cargo.

Bajo esta premisa, debemos entender que la responsabilidad de los que participan en una contratación debe ser debidamente establecida y no aferrarse de forma ciega a una situación que incluso no posee mayor sustento.

Así, debemos entender que en puridad no podría trasladarse al contratista una obligación que en realidad le corresponde al propietario de la obra; caso distinto sería si nos encontráramos ante un sistema colaborativo o ante determinación clara de que el responsable del proyecto debe asumir los mayores costos que se generan por sus deficiencias o el mayor plazo que se requiere para la ejecución.

No obstante, no estamos ante un sistema colaborativo y menos el Estado asume los impactos que generan en plazo, alcance y precio las deficiencias del expediente técnico.

Aquí, el primer punto a considerar es que los expedientes técnicos, comúnmente elaborados por terceros (proyectistas o formuladores), que ganan las licitaciones del Estado no están debidamente formulados porque el precio que se paga, a veces, no es el adecuado para realizar un proyecto definitivo acorde con su ejecución, lo que lleva al formulador a que no realice los estudios necesarios o los realice parcialmente o de forma inadecuada, y lo que resulta, en muchos casos, es que se realice el proyecto definitivo en «escritorio» sin tener en cuenta la real situación del terreno en el que se va a ejecutar la obra.

El Estado siempre señalará que no existe expediente perfecto y que, por ello, la Ley de Contrataciones establece un margen de adicionales (modificaciones al alcance y precio) hasta de un 50 % del monto contractual.

Esta aseveración debería ser considerada en base a que esta regulación no debe soslayar la responsabilidad de dicha parte en la elaboración y aprobación del expediente técnico y que la regla es la no modificación del proyecto definitivo, la excepción está conformada por los adicionales de obra, no obstante, en la actualidad no existe obra que no haya tenido un adicional de obra.

Asimismo, las modificaciones en el alcance comúnmente conllevan un impacto en el plazo, por ello un adicional podría afectar el plazo de la ejecución de la obra, y esta afectación debería ser reconocida por el Estado, empero vemos que ello no es así, originándose controversias que son dirimidas en un arbitraje.

IV. LA REVISIÓN DEL EXPEDIENTE TÉCNICO Y SUS ALCANCES

Si consideramos que la responsabilidad del expediente técnico es del Estado, se debe establecer también que el contratista haga una revisión del expediente técnico, a fin de que informe sobre las posibles prestaciones adicionales, riesgos del proyecto y otros aspectos que sean materia de consulta, resulta una obligación adicional que, si bien tiene una buena finalidad, trastoca el real sentido de la asignación de riesgos en la ejecución de una obra.

En principio, debemos establecer que revisar el expediente técnico a fin de que se informe sobre omisiones o errores resulta correcto, debido a que la revisión en un corto tiempo puede evidenciar si falta una partida o si no se han establecido las especificaciones técnicas de una actividad o si en el presupuesto existe un error en el cálculo o si existe un error en el precio establecido, entre otros aspectos que podríamos denominarlos aspectos de forma que se pueden advertir con la simple revisión de los documentos sin que sea necesario ir al lugar de obra y verificar estos o incluso estando en obra.

No obstante, existen deficiencias o defectos del expediente técnico que no se pueden apreciar con una revisión documental del mismo o cuando se está ejecutando la obra con solo revisar el expediente y contrastándolo con el lugar de ejecución, pues previamente se debe realizar una actividad determinada. Por ejemplo, no es posible advertir una deficiencia en relación

a la partida base que establece que se debe cavar hasta una profundidad de 3 metros y cuando se ejecuta se aprecia que se debe cavar 5 metros porque no se encuentra el mismo suelo que se indica en el expediente técnico. O, por ejemplo, cuando se debe realizar una piscina y el lugar sobre el cual se debe ejecutar, excavando de acuerdo al expediente, se indica que es suelo arcilloso y resulta que es necesario un drenaje, cuestión que no estaba considerada en el expediente técnico.

Por otro lado, resulta sustancial tener en cuenta otros aspectos, como, por ejemplo, el hecho de que si bien el proyecto definitivo establece un alcance, precio y plazo determinado, es *know how* del contratista ejecutar la obra de acuerdo con su propia programación de su secuencia constructiva y hacer más eficiente el plazo o precio en la ejecución.

Así, si bien existe un calendario de avance de obra² (en adelante, CAO), que se presenta al inicio de la ejecución de la obra, este documento, de acuerdo con la regulación de la Ley de Contrataciones, es un documento estático que no refleja la ejecución real de la obra, por lo que siempre va a estar desactualizado.

Este CAO establece la programación de las actividades que se deben ejecutar durante la , periodos determinados de tiempo, determina la evaluación del avance la obra por parte del Estado.

En atención a ello, si tenemos en cuenta que el CAO determina la evaluación del avance de la obra, un contratista solo estaría obligado a realizar una determinada actividad en el periodo de tiempo señalado en dicho documento. En ese sentido, a fin de poder determinar una deficiencia del expediente que esté relacionada con la ejecución de esta actividad, se tendría que esperar hasta que se ejecute, por lo que no sería posible realizar una observación del expediente a un plazo determinado de haber iniciado la obra.

Por otro lado, es necesario analizar la razonabilidad del plazo que ha establecido el artículo 177° del RLCE para realizar la revisión que se impone ahora como una obligación adicional al contratista.

Previamente, debemos tener en cuenta que, por ejemplo, en el ámbito de la contratación pública, la revisión de algunos procesos de selección cuyo

2 Este documento por su naturaleza es dinámico y debe ser actualizado en función a la ejecución de la obra.

objeto es la contratación de proyectistas o formuladores de expedientes técnicos solo para la elaboración del proyecto definitivo se puede tomar un periodo promedio de un (1) mes a tres (3) meses.

Teniendo en cuenta lo señalado precedentemente, si para la formulación o elaboración de un expediente técnico se toma un periodo de uno a tres meses, no resultaría razonable que se exija que la revisión que contempla el artículo 177° del RLCE sea un plazo menor al que se tuvo para la elaboración del expediente técnico, dado que el contratista va a revisar todo el expediente, sus fórmulas, sus especificaciones, su compatibilización entre los diversos planos con los demás documentos que conforman el proyecto definitivo. Cabe precisar que el expediente es el conjunto de documentos que comprende: memoria descriptiva, especificaciones técnicas, planos de ejecución de obra, metrados, presupuesto de obra, fecha de determinación del presupuesto de obra, valor referencial, análisis de precios, calendario de avance de obra valorizado, fórmulas polinómicas y, si el caso lo requiere, estudio de suelos, estudio geológico, de impacto ambiental u otros complementarios³.

Todos los documentos antes señalados son revisados por el contratista, quien, en principio, ya que no es su responsabilidad, no cuenta con un *staff* de profesionales que se dediquen de forma exclusiva para tal fin, lo que implica comúnmente que se deba realizar una carga adicional al *staff* de profesionales del contratista.

Un punto adicional a considerar es que, de acuerdo con lo establecido en el desagregado del presupuesto del expediente técnico, del total del plantel profesional del contratista este documento solo considera comúnmente la participación del 100 % en la ejecución de la obra de un mínimo de profesionales (residente, asistente y seguridad, entre otros), no de todos los profesionales. En ese sentido, se genera un costo adicional para el contratista, quien debe mantener a todo su plantel profesional desde el inicio de la obra solo para revisar el expediente técnico y encontrar sus deficiencias, defectos, vacíos u omisiones.

A lo expuesto, agregamos que, en la experiencia en la contratación pública, a pesar de que el contratista informa oportunamente sobre las deficiencias,

3 Opinión N.º 014-2015/DTN emitida por la Dirección Técnico Normativa del Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado.

defectos, vacíos u omisiones del expediente técnico, se presentan situaciones en que la entidad contratante no realiza las acciones necesarias encaminadas para subsanar estas deficiencias, debido, muchas veces, a la burocracia que implica la organización y estructura de cada entidad pública.

Entonces, aun cuando se haya realizado la comunicación oportuna de las deficiencias del expediente técnico, el Estado no siempre actúa de forma inmediata en plazos breves y establecidos para subsanarlas.

En suma, debemos señalar que la imposición de una obligación adicional al contratista debe ser razonable y coherente, más aún, debe responder a la experiencia en la práctica constructiva nacional e internacional.

Exigir e interpretar que por aplicación del artículo 177º del RLCE si un contratista no cumple con informar todas las posibles prestaciones adicionales, riesgos del proyecto y otros aspectos que sean materia de consulta, pierde su derecho o debe ser denegada una ampliación de plazo de una situación que no fue informada en cumplimiento de este dispositivo, resultaría una exigencia e interpretación irrazonable y que no se condice con la naturaleza de la práctica constructiva y que soslaya la correcta y adecuada asignación de riesgos que se realiza ahora en la contratación pública.

V. OBSERVACIONES A LA OBLIGACIÓN ADICIONAL ESTABLECIDA POR EL ARTÍCULO 177º DEL RLCE

Como se ha señalado antes, la obligación adicional establecida en el artículo 177º del RLCE soslaya y trastoca una real y correcta asignación de riesgos.

Además, de ello, debemos establecer que como primera observación realizada a este dispositivo es el hecho de que no contempla una consecuencia ante un incumplimiento de esta obligación.

Ello, nos lleva a establecer que, siendo la facultad resolutoria de la entidad amplia, se podría considerar el incumplimiento del artículo 177º del RLCE como un motivo de resolución contractual.

Por otro lado, tampoco se establece como consecuencia qué acción debe realizar la entidad ante el Informe que debe presentar el contratista, menos aún se ha establecido el plazo que debe tener la entidad para subsanar estas deficiencias, defectos, vacíos u omisiones observadas por el contratista.

Punto aparte, la regulación establecida en el dispositivo antes señalado no considera un aspecto sustancial en relación con la práctica constructiva nacional como internacional, esto es no diferencia si este informe debe hacerse incluso de deficiencias que solo podrían advertirse en la ejecución de la obra de acuerdo con el CAO, cuando ello resulta técnicamente imposible de advertir al inicio de la ejecución de la obra.

De las observaciones antes señaladas, considero que resulta oportuno tener en cuenta que, de conformidad con el principio de equidad, lo más básico es establecer no solo una obligación adicional al contratista, sino que además se debe considerar la consecuente obligación que tiene la entidad ante este informe que debe presentar el contratista.

Lo expuesto en atención a que, para cumplir con la finalidad por la cual se estableció la regulación del artículo 177° del RLCE, la solución no pasa únicamente por disponer que el contratista tenga que informar sobre las posibles prestaciones adicionales, riesgos del proyecto y otros aspectos que sean materia de consulta, sino que además resulta sustancial que se establezca el plazo que tiene la entidad para subsanar dichas deficiencias a efecto de que estas no repercutan o impacten en el plazo o precio de la ejecución de la obra.

Traemos a colación que la finalidad de este dispositivo es que las deficiencias del expediente sean resueltas oportunamente y no generen impactos en la ejecución de la obra. Pero esta finalidad no se podría cumplir si en estricto no establecemos un plazo para que la entidad resuelva o subsane las deficiencias, defectos, vacíos u omisiones advertidas y, lo que resulta aún más importante, si también no se establece una sanción para el Estado en caso no cumpla con el plazo para resolver estas situaciones que afectan la ejecución de la obra.

Entendemos, como se ha demostrado en la práctica arbitral, que, si una entidad no cumple con levantar o subsanar estas deficiencias, defectos, vacíos u omisiones del expediente técnico, faculta al contratista para iniciar el procedimiento de resolución contractual, ello en atención a que constituye una obligación esencial de la entidad entregar un expediente técnico debidamente formulado.

Así, podemos entender que una obligación esencial es aquella cuyo cumplimiento resulta indispensable para alcanzar la finalidad del contrato y, en esa medida, satisfacer el interés de la contraparte⁴.

4 Opinión N.º 027-2014/DTN emitida por la Dirección Técnico Normativa del Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado.

No hay obligación esencial de la entidad más sustancial que la de entregar un expediente debidamente formulado que permita la ejecución de la obra.

No obstante, al no tener un plazo determinado, podría observarse que debido a esta situación la entidad tiene todo el tiempo del plazo de ejecución contractual para resolver las deficiencias, defectos, vacíos u omisiones del expediente técnico. Interpretación que resultaría irrazonable y que incluso determinaría a derivar en diversas controversias que tendrían que resolverse de conformidad con la ley de contrataciones.

Si bien la contratación pública es en esencia una contratación administrativa, debe tenerse en cuenta que los aspectos observados van a generar muchas controversias que incluso, dependiendo de los resultados en los procesos arbitrales respectivos, podrían generar mayores consecuencias económicas para el Estado.

Reiteramos, la solución no pasa por cargar de obligaciones adicionales al contratista, sino que en esencia ello debe obedecer a un análisis completo de la real situación que determine identificar donde está el problema, y el problema pasa, primero, por la elaboración y aprobación del expediente técnico y, segundo, por el hecho de que se debe imponer al Estado plazos y consecuencias en el caso de que no cumpla con subsanar las deficiencias, defectos, vacíos u omisiones del expediente técnico que serán advertidas por el contratista en atención de lo establecido en el artículo 177° del RLCE.

Las soluciones legislativas deben tener en cuenta la realidad de la materia que van a regular y no simplemente establecer obligaciones que, en principio, no se hayan analizado las implicancias de su aplicación.

VI. CONCLUSIONES

La finalidad del artículo 177° del RLCE no será posible de cumplir si no se tiene en cuenta el real contexto del problema que se pretende atacar y que, evidentemente, genera la mayoría de las controversias que son vistas en los arbitrajes en contratación pública.

El artículo 177° del RLCE no posee todos los aspectos necesarios para generar una real solución y una adecuada situación que favorezca al cumplimiento de las finalidades públicas y que permita en esencia ejecutar una obra sin mayores situaciones que conlleven una afectación al plazo, precio o alcance de esta.

BIBLIOGRAFÍA

- Contraloría General de la República de Chile. (2009). *Dictamen N.º 4.606*. Recuperado de <https://contraloria.cl/pdfbuscador/dictamenes/004606N09/html>.
- Molina, C. & Ríos, V. (2016). *Derecho de la construcción*. Santiago de Chile: O'Print Impresores S. A.

LAS CLÁUSULAS PATOLÓGICAS EN LOS CONVENIOS ARBITRALES

THE PATHOLOGICAL CLAUSES IN THE ARBITRAL AGREEMENTS

*Adamary Gabriel Tomas
Milena Santos Sánchez
Anthony Villegas Porras*

Universidad Continental

Recepción: 30/10/2018

Aceptación: 30/12/2018

Resumen

El artículo analiza las cláusulas patológicas que en ocasiones se presentan en los convenios arbitrales y que constituyen un hándicap para el desarrollo normal del arbitraje, y es en razón de ello que el presente trabajo en un inicio abarcará los antecedentes del convenio arbitral, los principios que lo enmarcan y su tratamiento en la legislación peruana, para luego pasar a desarrollar con mayor amplitud y entendimiento las patologías en los convenios arbitrales, los efectos jurídicos que producen y la solución a este problema.

Palabras clave: Convenio arbitral; cláusulas patológicas; acuerdos optativos, acuerdos inoperantes

Abstract

The article analyzes the pathological clauses that are sometimes presented in the arbitral agreements and which constitute a disadvantage for the normal development of arbitration, and for that reason the following paper will cover the antecedents of the arbitral agreement, the principles that frames it, and its treatment in the Peruvian legislation, so that it will develop with the greater amplitude and understanding the pathologies in the arbitral agreements, the legal effects that produce and the solution to this problem.

Palabras clave: Arbitration agreement; pathological clauses; optional agreements; inoperative agreements.

I. INTRODUCCIÓN

Cuando los pactos arbitrales no son lo suficientemente claros y precisos nos encontramos ante una patología del convenio arbitral.

Es pacífica la doctrina al afirmar que el convenio arbitral obliga a las partes a resolver las controversias que se encuentren dentro de su alcance en la vía arbitral, pero ¿existe algún límite a esta obligación?

El límite podrá encontrarse (en determinados casos) en la imposibilidad de ejecutar la voluntad de las partes. Inclusive, aun cuando no sea posible respetar estrictamente su voluntad, se presentarán algunos supuestos en donde las partes seguirán obligadas por el convenio arbitral, pues la patología es subsanable y no le devolverá la competencia al «juez natural».

Estas patologías son insertadas en los diferentes tipos de contratos para generar un perjuicio a una de las partes, por lo que se vulnera el derecho de la parte perjudicada al no tener una solución para la controversia.

Al respecto, podemos identificar tres grupos de acuerdos patológicos:

- Acuerdos de arbitrajes optativos o cláusulas híbridas.
- Cláusulas carentes de certeza.
- Acuerdos de arbitrajes inoperantes o inejecutables.

Para evitar las cláusulas patológicas, se hace necesario prever en su redacción que esta desplegará los efectos propios de una cláusula arbitral (efecto positivo y efecto negativo) o asumir el modelo de cláusula arbitral que recomiendan las instituciones arbitrales. De esta manera, se evita el uso inapropiado de las cláusulas arbitrales y se logra la finalidad para la cual fue consignada.

En las líneas siguientes se explicará con mayor profundidad cómo es que las cláusulas patológicas pueden ser usadas de mala fe.

II. CONVENIO ARBITRAL

2.1. Antecedentes

El arbitraje existió desde los tiempos remotos, en organizaciones sociales anteriores al Estado y a la creación de sus órganos jurisdiccionales. En derecho romano se perfila su institucionalización, se practicaba entre los romanos y

extranjeros, basado en el oficio de particulares desempeño según *compromissum*. Los árbitros asumían *iuris dictio* por delegación, eran nombrados por las partes o escogidos de las listas confeccionadas por los magistrados para el litigio. El árbitro era considerado un juez no permanente.

Años más tarde, se forman los Estados en el siglo XVI y aparece el Poder Judicial. La Revolución Francesa favoreció el arbitraje en el siglo XVIII. En los albores de la Codificación Civil, en el siglo XIX, se soslaya al arbitraje de su codificación. En España, la Constitución política de la monarquía proclama el derecho a determinar jueces árbitros, elegidos por ambas partes. En el siglo XX fue requerido por la actividad comercial. La Convención de la Haya (1899) sentó las bases del arbitraje internacional. La Convención de La Habana (1928) y el Código Bustamante preservaron la necesidad de ejecución de los laudos arbitrales. Por su parte, la Convención de Nueva York (1958) y UNCITRAL¹ decidieron promover el sistema arbitral.

2.2. Principios del convenio arbitral

2.2.1. Principio *Kompetenz-kompetenz* (facultad del juez de decidir sobre su propia competencia)

El mencionado principio (cuyas primeras formulaciones se remontan al año 1876 por el autor Böhlau en *Kompetenz-kompetenz*, seguido principalmente por Schmitt, cuya obra de 1928 se titula *Verfassungslehre*) atañe a problemas tan complejos como la distribución de competencias entre subsistemas estatales de solución de controversias o la reafirmación legislativa de la jurisdicción arbitral sobre la del poder judicial.

Este principio implica que debe ser el propio árbitro quien resuelva los conflictos derivados del convenio arbitral, incluida la posible alegación de nulidad del contrato del cual puede formar parte el pacto arbitral y aun de este último, lo que se resume en la idea de que el árbitro tiene competencia para revisar su propia competencia. Esta potestad se entiende, desde una perspectiva positiva, como la manifestación o prolongación del convenio arbitral y sus efectos; y desde la óptica negativa, que los tribunales estatales quedan inhibidos de poder pronunciarse sobre esta materia por estar entregada a la justicia arbitral. Su establecimiento y acogida se ha presentado

¹ Siglas de The United Nations Commission on International Trade Law. En español, Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

en el marco de las legislaciones arbitrales comerciales internacionales más avanzadas, pero aún no se ha alcanzado la unicidad esperada, toda vez que las normas no han logrado uniformar criterios sobre el particular (Vásquez, 2010).

El principio en mención presenta una clara raigambre contractual, en cuanto son las partes quienes le confieren una competencia total al árbitro para resolver un determinado asunto, de lo cual se deriva que éste debe conocer incluso de su propia competencia para dar inicio al juicio arbitral y sólo si comprueba que el convenio es nulo o inválido, quedarán inhibidos de poder hacerlo. No se trata de una mera facultad del árbitro ni de una concesión de las partes a su competencia, se entiende que se trata de una obligación por parte del árbitro, una vez que ha aceptado el cargo, aun a falta de mención expresa, pues tiene el deber de revisar los cimientos del juicio que va a conducir, de lo contrario, podrá constituirse en responsable ante las partes. Con todo, si bien el principio arranca de sede contractual, sus efectos se explican en verdad por medio de la ley, pues de lo contrario no sería factible que el árbitro pueda conocer del convenio que le sirve de antecedente a su competencia, si este es nulo.

Este asunto engarza, además, con la autonomía del convenio arbitral al comprender que el acuerdo arbitral siempre debe estar separado del contrato del que pueda ser parte, de forma tal que la nulidad de este último no pueda afectar la validez de la cláusula arbitral.

Sobre ello, Roger Rubio (2011), quien sostiene que «un antecedente directo del *Kompetence-Kompetence* en su vertiente negativa puede encontrarse en el artículo 2.3 de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras armado en Nueva York en 1958». (p. 102).

Justamente, lo que analizaremos a profundidad más adelante es si los jueces deben determinar la validez absoluta del convenio arbitral o si esta es una labor que les compete a los árbitros.

2.2.2. Principio proarbitraje

Para las partes, el convenio arbitral comporta una obligación de no hacer: no someter el conflicto a la jurisdicción ordinaria y desplaza la facultad jurisdiccional a los árbitros que las partes designen, o que sean designados confor-

me a Derecho, quienes —como subrayamos— prestan un servicio público. Para la justicia ordinaria, por su parte, se genera la obligación de abstenerse de conocer un caso en el cual existe convenio arbitral, efecto negativo del principio *Kompetence –Kompetence*. Esta norma consagra adicionalmente el principio *in dubio pro arbitri*, al disponer que, en caso de duda, el órgano judicial debe entender que el conflicto se encuentra sometido a arbitraje, esto quiere decir que ante la duda el órgano judicial debe de entender que las partes quisieron someter a arbitraje, si se presentaba un conflicto.

2.3. Tratamiento en la legislación peruana

El artículo 13 del Decreto Legislativo N.º 1071 (en adelante, Ley Peruana de Arbitraje) establece que «el convenio arbitral es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o de otra naturaleza». Como bien señala González de Cossío «(...) el acuerdo arbitral es un contrato por virtud del cual dos o más partes acuerdan que una controversia, ya sea presente o futura, se resuelva mediante arbitraje» (p. 1253). Por ese compromiso de arbitrar, las partes tienen la obligación de resolver sus controversias en arbitraje y no en otra vía, como podría ser la del Poder Judicial.

Born (2009) señala que el convenio arbitral genera dos obligaciones para las partes contratantes: una positiva y otra negativa. Expresamente, sostiene que

un convenio de arbitraje internacional válido produce efectos legales importantes para las partes, así como para las cortes nacionales y los árbitros. Esos efectos de los convenios arbitrales son positivos y negativos: los efectos positivos incluyen la obligación de participar y cooperar de buena fe en el procedimiento arbitral de acuerdo con el convenio arbitral de las partes; mientras que los efectos negativos incluyen la obligación de no buscar la resolución de disputa sujetas a arbitraje en las cortes nacionales o jurisdicciones similares. (p.181).

Sin embargo, surge la interrogante sobre quién debe determinar si el convenio arbitral es patológico, y si, tal como está redactado, no permite que las partes resuelvan sus controversias en esa vía. O, en caso contrario, sigue obligando a las partes. Lo cierto es que la respuesta cambiará ante quién se alegue la supuesta patología. Por ejemplo, si se realiza en el marco de un proceso judicial, nos encontraremos frente a una excepción de convenio arbitral.

2.3.1. Requisitos del convenio arbitral

Consideramos la aplicación de las reglas del acto jurídico consignadas en el artículo 140 del *Código Civil*, en razón a que el convenio arbitral es una categoría de derecho privado de carácter volitivo. Así se tiene que el artículo citado señala los siguientes requisitos de validez del acuerdo de arbitraje:

- Consentimiento no viciado (expresado válidamente).
- Prestado por personas con capacidad para obligarse.
- Sobre un objeto lícito y posible.
- Revestido de forma legal prescrita, si la hubiere.

III. PATOLOGÍAS EN LOS CONVENIOS ARBITRALES

Luego de identificar en líneas anteriores lo que es un convenio arbitral y la importancia que representa tanto en el sistema arbitral como en su tratamiento en la legislación peruana, es relevante mencionar que en ellos se puede encontrar vacíos, puntos oscuros o ambiguos, que podrían convertirlos en convenios arbitrales afectados patológicos.

3.1. Convenio arbitral patológico

Un convenio arbitral resulta patológico cuando por los defectos, imperfecciones o deficiencias en su redacción, impide el correcto y normal desarrollo del arbitraje (Matheus, 2004, p. 636). Es entonces que se infiere que la efectiva aplicación de una cláusula arbitral patológica dependerá del esclarecimiento de las imperfecciones o defectos que esta tenga, ya sea en alguno de los requisitos de validez o en los elementos no esenciales de la cláusula.

El término fue inicialmente acuñado en 1974 por Frédérick, secretario de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio de París, para quien una cláusula arbitral no llegaría a desempeñar con su función principal en caso de presentar alguna anomalía, por lo que estableció que todo convenio arbitral es *clause pathologique* si no cumple con cuatro funciones: a) producir efectos que resulten obligatorios para las partes contratantes; b) impedir que la justicia ordinaria intervenga antes de que se emita el laudo arbitral; c) dotar de competencia para resolver el o los conflictos a los árbitros; y d) brindar las condiciones necesarias para un desarrollo de un procedimiento organizado que concluya con un laudo. (Eisemann, 1974, p. 539).

3.2. Tipos de cláusulas patológicas

El *Diccionario terminológico del arbitraje nacional e internacional* (comercial y de inversiones) señala que «la expresión de cláusulas patológicas hace referencia a los convenios arbitrales cuyo contenido puede ser o resultar incoherente, ambiguo, o inaplicable; aunque también puede hacer referencia a aquellos, que resultan en un arbitraje no idóneo para la correcta o eficiente resolución de la controversia entre las partes.» (Collantes, 2011, p. 1253).

A partir de esta definición, Górgolas (2017) identifica tres grupos en los que pueden clasificarse las cláusulas patológicas. A continuación los analizaremos.

3.2.1. Acuerdos de arbitraje optativos

Estos convenios no excluyen claramente la jurisdicción ordinaria, en su redacción se hace alusión a la justicia estatal para efectos de brindar asistencia judicial o ayuda en la emisión o ejecución del laudo arbitral, esta puede generar dudas o controversias acerca de la voluntad de las partes para someterse al arbitraje, restándole efectividad.

Esto puede generar dudas sobre quién debe conocer la controversia, además este tipo de pacto puede resultar en un laudo anulado si el tribunal arbitral, haciendo uso del principio *kompetenz-kompetenz*, se declara competente sin contar con el respaldo de que el convenio arbitral excluye efectivamente la justicia ordinaria. Por ejemplo:

Las partes acuerdan someter al arbitraje del Tribunal de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Huancayo y de los Tribunales de Justicia la resolución definitiva de todas las cuestiones y discrepancias que se susciten en este contrato.

3.2.2. Cláusulas carentes de certeza

Este tipo de cláusulas contienen términos vagos e imprecisos. Así, un acuerdo de arbitraje que carece de certeza no implica que este sea nulo e ineficaz, todo dependerá del grado del defecto en el caso concreto.

En este supuesto no se identifica claramente el rumbo que quisieron las partes que tome su proceso arbitral; este tipo de cláusulas pueden ser ocasionadas por su complejidad al momento de su redacción o caso contrario por la simplicidad que se refleja. Por ejemplo, revisemos la siguiente transcripción:

Ambas partes acuerdan someter cualquier discrepancia o litigio derivado del presente contrato a los tribunales de arbitraje institucional.

En este caso, aunque desde un inicio se presenta la voluntad de las partes de acudir a arbitraje y utilizar el arbitraje institucional, esta no se concreta por falta de designación de la institución respectiva. Así, surge la disyuntiva de acudir de mutuo acuerdo a una corte arbitral concreta y someterse a su reglamento o a los tribunales ordinarios para dilucidar qué institución arbitral administrará el arbitraje o incluso, en caso de oposición a la otra parte, por ir a arbitraje ante esta patología, presentarse ante la jurisdicción ordinaria para que dirima este conflicto.

3.2.3. Acuerdos de arbitraje inoperantes o inejecutables

Son aquellos en los cuales el compromiso no se puede llevar a cabo, pues las condiciones en que las partes acordaron someterse a este mecanismo de solución de conflictos son de imposible cumplimiento. Esto se presenta en caso se haya redactado en términos excesivamente pormenorizados y, por ende, se haga prácticamente imposible su ejecución.

Si bien estas disposiciones son totalmente válidas, estas dependen de factores externos al convenio arbitral y la voluntad de las partes, las cuales pueden ser resultado de agregar características muy específicas que, en caso de no poder cumplirse en su totalidad, convierten la cláusula arbitral en un pacto sin patología alguna a simple vista, pero inejecutable.

3.3. La excepción del convenio arbitral en la legislación peruana

La Ley Peruana de Arbitraje regula en su artículo 16° la excepción del convenio arbitral, que establece cuándo se puede recurrir a una excepción del convenio arbitral, la cual ha de remitirse a cada vía procedimental específica para la determinación de sus plazos.

La regulación de la excepción de convenio arbitral permite al juez revisar el convenio arbitral en aplicación de los principios de pro arbitraje y kompetenz-kompetenz, con el fin de que el juez remita a arbitraje dicho acuerdo, siempre y cuando no se haya incurrido en nulidad, ineficacia o sea inaplicable.

Asimismo, es importante mencionar que la regulación de nuestra excepción de convenio arbitral tiene sus orígenes en el artículo 1458 del *Código de Procedimientos Civiles* de Francia de 1981, por lo cual el Perú, a raíz del articulado mencionado, estipula que el juez ha de verificar a *prima facie* los requisitos de validez del convenio arbitral para luego pasar a remitir a las partes a arbitraje.

IV. EFECTOS JURÍDICOS DE LAS CLAUSULAS PATOLÓGICAS EN LOS CONVENIOS ARBITRALES

Para superar las patologías en los convenios arbitrales y para identificar los efectos jurídicos de estos, es de suma importancia conocer qué instrumentos legales tenemos para superar estas patologías.

4.1. Interpretación de cláusulas patológicas

No es raro encontrarse en los contratos cláusulas arbitrales oscuras, imprecisas o simplemente erróneas porque designan, por ejemplo, instituciones arbitrales inexistentes. (Rodríguez, 2017).

Las reglas de interpretación de los contratos establecidas en el Libro VII Fuentes de las Obligaciones del *Código civil* peruano (y, porque no, aquellas consignadas en el libro de Acto Jurídico) pueden ser utilizadas para interpretar estas cláusulas patológicas, ya que —como es bien sabido— el convenio arbitral tiene un origen contractual. Además, también está el artículo IX del Título Preliminar del *Código Civil*, que establece la aplicación supletoria del *Código civil* a situaciones reguladas por otras leyes, siempre que no sean incompatibles con su naturaleza.

En el *Código civil* podemos encontrar las siguientes reglas de interpretación de contratos:

- *Regla de la común intención de las partes.* La cual establece que debemos investigar y encontrar la voluntad partes mediante su comportamiento durante todo el *iter contractual*.
- *Regla de la buena fe.* Establece que debemos entender al contrato como si fuese establecido por personas correctas y respetuosas.
- *Regla de la conservación del contrato.* Debemos preferir la interpretación del contrato que permitan que esté aún pueda producir efectos jurídicos sobre la interpretación que no permita esto.

- *Reglas de interpretación integradora.* Establecen que, a partir de la misma declaración de voluntad de las partes, se deben llenar las lagunas en el contrato.
- *Reglas de interpretación sistemática.* Nos señala que las cláusulas en un contrato se deben interpretar unas por otras, dándosele a cada cláusula un sentido que convenga a la totalidad del contrato.
- *Regla de la interpretación funcional.* Establece que si las cláusulas en un contrato tienen varios sentidos se debe preferir el sentido que vaya con la naturaleza y el objeto del contrato.
- *Regla de prevalencia.* Cuando hay una contradicción entre cláusulas particulares y cláusulas generales deben prevalecer las primeras.
- *Regla de la condición más beneficiosa.* Si existe un conflicto entre cláusulas generales, se debe preferir la cláusula general que sea más beneficiosa para el adherente.
- *Regla de la interpretatio contra stipulatioem.* Si una cláusula general es ambigua y causa duda, deberá interpretarse esta cláusula a favor del adherente.

Las reglas antes mencionadas son útiles a la hora de interpretar alguna cláusula patológica en un convenio arbitral, así también la jurisprudencia es otra herramienta jurídica que nos puede ayudar a darle solución a un convenio arbitral que haya sido afectado por una patología.

Tomemos como ejemplo la Sentencia N.º 7-2012, del 25 de septiembre de 2012, emitida por la Sala Civil Penal del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco. En ella, la parte recurrente argumenta que, para que se considere el convenio arbitral existente, se necesita el pleno consentimiento de los afectados por este, pues con un convenio arbitral se quita la competencia a la jurisdicción ordinaria y se le da esta competencia a un árbitro.

Alegan que uno de los miembros de la comunidad de bienes se incorpora de manera posterior a la constitución del contrato, dentro del cual se encuentra la cláusula arbitral, además las cónyuges que estuvieron presentes al momento de firmar el contrato mencionan que no suscribieron u otorgaron de manera personal algún convenio arbitral, por lo tanto, no manifestaron de manera expresa su voluntad de someterse al sistema arbitral.

En base a su argumentación, las mujeres sostienen que este convenio arbitral es ineficaz e inválido; el Tribunal está de acuerdo en que la voluntad es

un requisito indispensable para que un convenio arbitral sea válido, pero que discrepa de la alegación que hacen las cónyuges de los comuneros y de quien ingresó posteriormente a la comunidad de bienes de que su voluntad no existe por el simple hecho de no encontrarse sus firmas en el contrato.

4.2. Validez

Entendemos por válido aquel convenio arbitral que cumple con todos los requisitos formales y sustantivos, mientras que la validez formal hace referencia al cumplimiento de los requisitos de forma del convenio arbitral; por ejemplo, aquel debe encontrarse redactado por escrito. La validez sustantiva por convenio arbitral se refiere a que este contenga claramente el consentimiento de las partes, acudir a arbitraje y que se acredite verificando si tienen capacidad suficiente para suscribir el convenio arbitral (Estévez & Muñoz, 2017, pp. 1-4).

Como resulta lógico, lo contrario a la validez es la invalidez, y se denomina inválido a aquel acto jurídico en el que falte o se encuentre viciado algún elemento esencial o que no se encuentre algún presupuesto necesario del tipo de acto jurídico en específico. La invalidez —como se sabe— puede ser total o parcial; es total cuando elimina toda eficacia del acto jurídico, y se entiende como nulidad.

La invalidez parcial, sin embargo, puede afectar la eficacia del acto jurídico en distintos niveles como, por ejemplo, una acción que invalide sólo ciertos efectos o una obligación que produzca un acto jurídico contrario al anterior. Por lo tanto, se debe concluir que la validez de un acto jurídico se obtiene con el cumplimiento de todos los requisitos que la norma señala de acuerdo al tipo de acto jurídico.

4.3. Nulidad

La nulidad está presente en aquel acto jurídico que al haberse dictado de manera contraria a la ley no debe considerarse eficaz ante el derecho. (Baraona, 2007, p. 63).

Con lo mencionado anteriormente, podemos considerar que un acto jurídico resulta inválido si no se cumplen con los requisitos contemplados legalmente, pero, adicionalmente como sanción de este incumplimiento, la ley puede indicar que ese acto jurídico resultará nulo.

La nulidad se clasifica en nulidad relativa y absoluta. La nulidad absoluta busca proteger el interés general; mientras que la nulidad relativa, el interés particular de los contratantes.

4.4. Eficacia

La eficacia de los convenios arbitrales está referida a la posibilidad de que estos puedan surtir efectos en la esfera jurídica de las partes suscribientes. La ineficacia de un convenio arbitral está sujeta a la existencia de alguna laguna o irregularidad en su redacción. Según Marcial Rubio (2003, p. 11), «la eficacia del acto jurídico consiste en la actitud de este para producir los efectos pretendidos por el sujeto o los sujetos que lo realizan.».

Existen cuatro tipos de ineficacia:

- *Parcial.* A partir de la cual, el acto jurídico sólo produce algunos de sus efectos no sólo para algunos sujetos, sino para todos los que celebraron el acto jurídico.
- *Total.* Porque no produce ningún efecto para las partes.
- *Temporal.* Toda vez que el acto jurídico no puede producir efectos hasta determinado momento; son actos jurídicos que se encuentran condicionados a un modo o plazo.
- *Permanente.* Porque el acto jurídico no producirá ningún efecto en adelante.

La eficacia hace referencia al efecto jurídico natural de cualquier acto jurídico celebrado, es la posibilidad de ejecutar aquello que las partes han pactado y conseguir llegar al fin predeterminado por el acuerdo de voluntades (De Castro, 2018, p. 39).

Por lo tanto, el efecto jurídico que debería generar cualquier convenio arbitral —por excelencia— es la exclusión de la justicia ordinaria de la resolución del conflicto, otorgándole a un árbitro esta competencia y la atribución de emitir un laudo.

V. CONCLUSIONES

Así, podemos concluir en lo siguiente:

- Que se puede comprobar el supuesto de estar frente a una cláusula patológica, identificando si en su redacción existe ambigüedad, incoherencia,

o algún elemento que la haga imposible de ejecutar, pues, a causa de estos elementos, el convenio no se aplicará inmediatamente y necesitará de su evaluación por medio de la excepción del convenio arbitral.

- Cuando un convenio no cumple con lo estipulado en la ley podría ser invalidado, y, si esa omisión es sancionada por la norma legal con la nulidad (que puede ser declarada por un juez), carecerá de eficacia y ya no podrá cumplir con el objetivo de la cláusula arbitral de excluir la justicia ordinaria de la competencia de resolver el conflicto. Se puede decir que los tres efectos mencionados están estrechamente vinculados; para superar las cláusulas patológicas del convenio arbitral, se usan las reglas de interpretación de los contratos a fin de lograr que los convenios arbitrales cumplan con su objetivo.
- Es de suma importancia, establecer en la cláusula arbitral únicamente el contenido necesario que la ley exige, y dejar lo demás a la regulación a la Ley de Arbitraje peruana.

BIBLIOGRAFÍA

- Baraona, J. (2007). La nulidad de los actos administrativos y la nulidad de los y contratos del *Código Civil*. *Revista Chilena de Derecho Privado*. Santiago de Chile: Universidad Diego Portales.
- Collantes *et al.* (2011). *Diccionario terminológico del arbitraje nacional e internacional (comercial y de inversiones)*. Lima: Palestra.
- De Castro, A. (2018). *Las cláusulas patológicas en los convenios arbitrales y sus efectos jurídicos*. [Tesis de pregrado]. Quito: Universidad de las Américas.
- Eisemann, F. (1974). La Clause d'arbitrage phologique. Minoli, E. *Arbitraje comercial: essais in memoriam Eugenio Minoli*. Turín: Unione tipografico-editrice torinese.
- Estévez, M. & Muñoz, R. (2017). *Validez y eficacia del convenio arbitral*. *Centro Iberoamericano de Arbitraje*. Disponible en: <https://bit.ly/2X5fZjT>
- González, F. (2004). Mecanismos alternativos de solución de controversias: nota sobre el desarrollo del área. *Investigaciones Jurídicas*, 28.
- Górgolas, C. (2017). Cláusulas arbitrales patológicas: identificación y mecanismos de defensa. *Revista Jurídica Arbitraje, Mediación y otros Sistemas de Resolución de Conflictos*. Disponible en: <http://bit.do/fpXfL>
- Matheus, C. (2004). Reflexiones sobre el convenio arbitral en el derecho peruano. *Revista Javeriana* n.º 108, Disponible en: <https://bit.ly/2TgH2HZ>

- Rodríguez, C. (2017). *LegalToday*. Las cláusulas patológicas en el convenio arbitral. Disponible en: <http://bit.do/fpXfT>
- Rubio, M. (2003). *Nulidad y anulabilidad: la invalidez de un acto jurídico*. Lima: PUCP.
- Rubio, R. (2011). El principio Competence-Competence en la nueva Ley Peruana de Arbitraje. *Lima Arbitration* n.º 4. Disponible en: <https://bit.ly/3e4kQZk>

LEGAL TECH Y EL ESTADO PERUANO

LEGAL TECH AND THE PERUVIAN STATE

Fernando Martín Robles Sotomayor*
Universidad Alas Peruanas

Recepción: 18/11/2018

Aceptación: 20/12/2018

Resumen

El Estado, dentro de una política de gobierno digital, viene implementando una serie de procedimientos administrativos por medios electrónicos, accesibles con el DNI electrónico, comenzando así un uso intenso de documentos electrónicos con firma digital. Esta transformación digital se conoce con el nombre de *Legal Tech*.

Dentro de esta nueva cultura digital, se requiere que el profesional del Derecho aprenda a utilizar las nuevas tecnologías para hacer más eficaz y eficiente su trabajo; por lo que el abogado del presente (y el del futuro) debe evolucionar a la velocidad que evolucionan las tecnologías de la información y la comunicación.

Palabras clave: Derecho público; informática; abogado; gobierno digital; tecnología legal.

Abstract

The State, within a Digital Government policy, has been implementing a series of administrative procedures by electronic means, accessible with the electronic ID, beginning in that way with an intense use of electronic documents with digital signature. This digital transformation is known as *Legal Tech*.

Within this new digital culture, the legal professional is required to learn to use new technologies to make his work more effective and efficient; Therefore, the lawyer of the present and even more of the future must evolve at the speed that information and communication technologies evolve.

Keywords: Public law; computer science; lawyer; digital government; *Legal Tech*.

* Doctor en Derecho por la Universidad Alas Peruanas. Profesor en la Academia de la Magistratura. Profesor e investigador en la Universidad Científica del Perú.

I. INTRODUCCIÓN

El maestro mexicano Julio Téllez Valdez publicó, en 1987, la primera edición de su obra *Derecho Informático*, en la cual definía a la informática jurídica como «la técnica interdisciplinaria que tiene por objeto el estudio e investigación de los conocimientos de la informática general, aplicables a la recuperación de información jurídica, así como a la elaboración y aprovechamiento de los instrumentos de análisis y tratamiento de información jurídica necesarios para lograr dicha recuperación» (2004, p. 10). Posiblemente, en lo que pensaba era que un abogado fuese eficiente en el uso de un procesador de texto, como Word Star o Word Perfect (aún no existía Windows), y en él pudiese copiar y pegar información jurídica, resaltando sus textos con negrilla, subrayado o cursiva; pero difícilmente podría haber imaginado lo que era la transformación digital, hoy llamada *Legal Tech*.

Los abogados peruanos estamos ingresando a una etapa de cambio en nuestra forma de trabajo y de interactuar con las empresas, instituciones estatales, clientes y el propio Poder Judicial, que están dando paso a un uso intenso de las tecnologías digitales, por medio de las cuales toda nuestra labor profesional la podemos desarrollar desde nuestra oficina u hogar, con el sólo requerimiento de contar con un computador y acceso a internet, lo cual en el futuro incluso se podría concentrar en el celular o algún nuevo dispositivo electrónico.

II. CAMBIO CULTURAL

Cuando en la década de 1990 entramos a la quinta generación de la computación, con la difusión de las computadoras personales, se pensó que se reduciría el uso del papel; sin embargo, no fue así. Con la evolución y variedades de impresoras, que cada vez fueron adquiriendo mayor velocidad, el uso del papel aumentó significativamente, toda vez que continuamos viviendo en una cultura del papel a la que nos habíamos habituado a lo largo de siglos y de la cual no nos podíamos desprender tan fácilmente. Por ello el desarrollo de las computadoras fue acompañado de una mayor e impresionante producción de papel impreso, ya que todas nuestras relaciones personales y laborales siguieron funcionando en base a papeles.

La tecnología avanza y protege el ambiente; el Derecho y el hombre de leyes son lentos para adaptarse a los cambios, empero es lo que se viene con

la cultura digital. Hace años vivimos en una Sociedad de la Información, caracterizada por el uso intenso de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación (en adelante, TIC), pero lo que estuvimos haciendo es utilizar esas tecnologías adaptadas a la cultura del papel; hoy en día en nuestro país se está comenzando a vivir la transformación digital, conocida como *Legal Tech* en el ámbito del derecho, que implica un cambio cultural, en el cual dejaremos paulatinamente el uso del papel y lo reemplazaremos por los documentos electrónicos y otras herramientas tecnológicas que hacen innecesario el papel, reemplazándolo por el soporte digital, a ser utilizado para toda la documentación que comúnmente utilizamos los abogados en nuestras oficinas y distintas áreas de trabajo.

La relación entre el derecho y las TIC, es comúnmente conocida como *Legal Tech*. Según Carlos Caro, el desarrollo de la tecnología para el beneficio del Derecho no es tarea de abogados ni de asesores, es un trabajo de ingeniería que, mediante el uso del método experimental de ensayo-error, crea o descifra algoritmos y ecuaciones. Menciona, asimismo, que se trata de potenciar o transformar la actividad jurídica a través de la tecnología, en especial de los medios digitales, incluyendo, desde un software, hasta la inteligencia artificial, tanto para el ámbito público, como privado (Caro, 2019).

Paulatinamente, estamos reemplazando el documento en papel por el documento electrónico, la firma manuscrita por la firma digital, los voluminosos expedientes físicos con el expediente electrónico, los gigantescos y hacinados archivos de papel por los archivos digitales, todo ello es posible gracias a la aplicación del principio de equivalencia funcional, mediante el cual se cumple con el medio digital, con las mismas funciones que su equivalente en forma física, teniendo ambos en consecuencia, el mismo valor legal.

III. LEGAL TECH EN EL ESTADO PERUANO

La Organización de las Naciones Unidas (ONU. E-Government development) define al gobierno electrónico como «[l]a utilización de Internet y el World Wide Web para entregar información y servicios del gobierno a los ciudadanos». Podríamos decir, entonces, que el gobierno electrónico es el uso de las TIC en la administración pública para mejorar la información y los servicios ofrecidos a la ciudadanía, orientar la eficacia y eficiencia de su gestión e incrementar sustantivamente la transparencia del sector público

y la participación ciudadana. La Oficina Nacional de Gobierno Electrónico e Informática (ONGEI) se encargó de conducir por más de 10 años las políticas públicas sobre Gobierno electrónico; el impulso tecnológico en nuestra sociedad ha dado lugar a nuevas expectativas y planteamientos *ad portas* de la transformación digital, lo que dio lugar a la creación de la Secretaría de Gobierno Digital en su reemplazo.

Si bien han existido una serie de obstáculos para el desarrollo del gobierno electrónico en nuestro país, como, por ejemplo, el insuficiente capital humano competente en el uso de las TIC, la falta de infraestructura tecnológica a nivel nacional y los recursos económicos, que no alcanzan para construir un sistema global de *e-government*, consideramos que el obstáculo principal ha sido el aspecto cultural, siendo el ámbito legal uno de los más incrédulos al ingreso de las tecnologías digitales, ya que como se pregunta Caro (2019): «¿Podemos confiar en los algoritmos para sentenciar por ejemplo un caso de alimentos y patria potestad?, ¿puede un «juez» con inteligencia artificial decidir si el imputado es culpable o inocente con base en la *big data* y las pruebas del caso?, ¿podemos aceptar que el *machine learning* arribará a soluciones justas?».

A pesar de ello, en los últimos años, se ha dado un nuevo enfoque al desarrollo del gobierno digital, entendido como el uso estratégico de las tecnologías digitales y datos en la Administración Pública para la creación de valor público, en el que se priorizan actividades de gestión e implementación en materia de tecnologías digitales, identidad digital, servicios digitales, arquitectura digital, interoperabilidad, seguridad digital y datos, todo enfocado en el ciudadano, a fin de brindarle procesos, datos, contenidos y servicios digitales de valor. Con la aprobación de la «Ley de Gobierno Digital»¹, se inicia en el sector público peruano una transformación digital, conocida en el ámbito del derecho como *Legal Tech*. Esto tiene una significativa influencia en el ambiente y la economía, menos papel, menos tala de árboles, sólo el Estado tiene un gasto anual aproximado de 400 millones de soles en papel, impresoras, repuestos y accesorios para su funcionamiento; por eso, para entender mejor lo expuesto, es necesario realizar una corta reseña a los avances en la implementación de las tecnologías de la información y la comunicación en la gobernanza digital peruana.

1 Aprobada por Decreto Legislativo N.º 1412 del 12 de setiembre de 2018.

3.1. Interoperabilidad

Mediante el Decreto Legislativo N.° 1246 del 10 noviembre de 2016, se dan diversas normas sobre simplificación administrativa en el Estado peruano, pero todas ellas basadas en el concepto de interoperabilidad, mediante el cual las entidades públicas pueden compartir la información que poseen y de manera gratuita. Lo más interesante del caso es que dicha norma prohíbe que las entidades exijan a los ciudadanos la información que puedan obtener gracias a la interoperabilidad, cuyo avance es importante, puesto que al finalizar el año 2018, 296 entidades públicas se encuentran conectadas a la Plataforma de Interoperabilidad del Estado peruano (PIDE), con un valor significativo para los ciudadanos y abogados, que ven simplificada su intervención ante el Estado, al ya no tener que presentar abundante documentación en papel para el trámite o procedimiento administrativo que requieran, con un importante ahorro para el Estado estimado en 136 millones de soles durante el año 2018 (Secretaría de Gobierno Digital, 2019).

Por otro lado, para ayudar a la simplificación administrativa y los servicios *online*, el Banco de la Nación implementó pagalo.pe, servicio que le permite al ciudadano pagar en línea, con tarjeta de débito o de crédito, más de 150 tasas de procedimientos administrativos pertenecientes a diversas entidades del Estado peruano y que irán en aumento.

3.2. Plataforma digital única gob.pe

Mediante el Decreto Supremo N.° 033-2018-PCM, del 23 de marzo de 2018, se crea la Plataforma Digital Única del Estado peruano, a través de la cual los ciudadanos pueden acceder a información y servicios del Estado de forma clara, basado en una experiencia sencilla, consistente e intuitiva, lo que constituye una importante evolución del Portal web de servicios al ciudadano y las empresas, y lo convierte en un efectivo medio de comunicación digital del ciudadano con el Estado peruano.

En dicha Plataforma, se pueden encontrar más de 49 mil trámites ante el Estado peruano, los cuales progresivamente se irán implementando *online*, priorizándolos en base a criterios de demanda, impacto en la vida del ciudadano, viabilidad y normatividad vigente, reuniendo en una única plataforma virtual los servicios públicos digitales, caracterizados por ser automáticos, no presenciales y utilizan intensamente las TIC para la pro-

ducción y acceso a datos, servicios y contenidos de valor público para las personas en general. A estos trámites, los ciudadanos podrán acceder haciendo uso del Documento Nacional de Identidad electrónico (eDNI), cuya difusión comenzó a realizarse en el año 2013 y se estima que para el año 2021, 20 millones de peruanos cuenten con ese moderno documento de identidad, que lleva un chip incorporado en una tarjeta de policarbonato, que se asemeja a las tarjetas bancarias y que permite, además de identificar al ciudadano, realizar la firma digital y votar electrónicamente.

3.3. Expediente y notificación electrónica en el Poder Judicial

Esta es una de las principales áreas del desempeño laboral de los abogados, y por ello el Poder Judicial ha sido muy cuidadoso en implementarlo desde el año 2010, con la notificación electrónica se comunica las resoluciones judiciales, en forma rápida y segura, a través de un sistema de casillas electrónicas que el propio Poder Judicial confiere gratuitamente. Al principio, fue una práctica que trajo muchas dudas, toda vez que los abogados formados en una cultura del papel encontraban raro no recibir su cédula de notificación. Sin embargo, su uso se ha ido masificando desde el año 2015, en el que se volvió obligatorio en los procesos judiciales, aplicándose progresivamente en los distintos distritos judiciales.

Pero fue a fines del año 2017 cuando el Poder Judicial empezó con cambios más significativos, al iniciar el uso del Expediente Judicial Electrónico (EJE), diferente a la consulta *online* de las resoluciones judiciales que venía siendo usado desde años anteriores, y comenzar a utilizar integralmente las tecnologías digitales, lo que significa que se deje de usar el papel y la firma manuscrita, con importante ahorro de espacio, tiempo y dinero, permitiendo que el abogado ya no tenga que estar trasladándose a las sedes judiciales, sino que pueda revisar el expediente *online* en su totalidad, servicio accesible las 24 horas del día y los 365 días del año, además le brinda la posibilidad de remitir escritos en los procesos judiciales que interviene, utilizando para ello su firma digital y el eDNI.

3.4. Sistema Peruano de Información Jurídica (SPIJ)

Las normas legales en papel están pasando a la historia, la versión digital accesible en la web del diario *El Peruano* cada día es más utilizada por los

abogados. No obstante, el SPIJ, administrado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, se constituye —sin lugar a dudas— en la mejor fuente de información legal del Perú, pudiendo descargarse desde la Ley N.º 1 hasta las normas legales de última publicación, pues dicha plataforma se actualiza cada 24 horas, con la ventaja de que los dispositivos legales están concordados y actualizados, además de tener la opción de descarga en archivos con extensión .docx. El SPIJ se volvió gratuito a fines del año 2016, convirtiéndose en una destacada herramienta de *Legal Tech* para el abogado peruano, que le permite ahorrar el uso de grandes cantidades de papel, para ello necesita únicamente ingresar al SPIJ libre desde el buscador de Google o cualquier otro buscador-.

3.5. Política «cero papel»

Los discursos políticos por varios años han utilizado la política «cero papel» como parte de su retórica, pero lo cierto es que esta medida se viene impulsando desde el año 2014. Sin embargo, es recién con la interoperabilidad del Estado peruano y los más recientes adelantos tecnológicos que se está haciendo una realidad. Ya comentamos el importante avance en el Poder Judicial con el EJE, no obstante ya algunas entidades públicas estaban usando el expediente electrónico desde mucho antes, entre otras, la Superintendencia de Mercado de Valores (SMV) y el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (Reniec), con tendencia a su masificación, pues gracias al Decreto Legislativo N.º 1310 del 29 de diciembre de 2016 se ha dispuesto que todas las entidades del Poder Ejecutivo deban contar con procedimientos administrativos validados e interconectar sus sistemas de trámite documentario, habiendo intervenido la Secretaría de Gobierno Digital, con el desarrollo del Modelo de Gestión Documental (MGD), el que constituye un cambio fundamental en la forma cómo se desarrollan los procedimientos en las entidades públicas y traerá consigo avance tecnológico, de la mano con la protección del ambiente y los consecuentes beneficios económicos.

IV. CONCLUSIONES

El avance del *Legal Tech* está dando sus primeros frutos y tiene una perspectiva de rápida implementación en el Perú, por lo que el abogado debe evolucionar y adaptarse rápidamente a esa nueva realidad.

La generación automática de documentos electrónicos con contenido legal, la atención a los clientes *online*, los trámites administrativos o judiciales en línea, son algunos ejemplos del *Legal Tech*, que viene de la mano con toda la transformación digital del Estado peruano y promueve el ingreso a una cultura digital en la que se minimiza el uso del papel, y, además, repercute positivamente en una sociedad peruana, que cada vez más se convierte en una sociedad de la información.

BIBLIOGRAFÍA

- Caro, C. (2019). Compliance y Legal Tech: los límites de la tecnología en el ejercicio del derecho. *Revista web semanaeconómica.com*. Disponible en: <https://semanaeconomica.com/compliance-30/2019/08/17/compliance-y-legal-tech/>
- Poder Judicial (2019). Expediente judicial electrónico. Disponible en: http://eje.pe/wps/wcm/connect/EJE/s_eje/as_inicio/
- RENIEC (2019). Características del DNI electrónico. Disponible en: <https://portales.reniec.gob.pe/web/dni/caracteristicas>
- Secretaría de Gobierno Digital de la PCM (2019). Secretaría de Gobierno Digital- Interoperabilidad. Disponible en: <https://www.gobiernodigital.gob.pe/interoperabilidad/>
- Téllez, J. (2008). *Derecho Informático*. 4.^a edición. México D.F.: Mc Graw-Hill/ Interamericana, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

Cuadernos Jurídicos Ius et Tribunalis es una publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad Continental, cuya periodicidad es anual; tiene como objetivo la difusión de la cultura jurídica dentro de la comunidad local, nacional e internacional, esto es, en base a estudios sobre las distintas disciplinas del Derecho.

I. CONVOCATORIA

Se convoca a todos los estudiosos del Derecho, nacionales o extranjeros, a presentar trabajos para ser publicados, ya sea a partir de estudios teóricos, análisis jurisprudencial o reseñas bibliográficas.

II. ORIGINALIDAD Y COPYRIGHT

Sólo se aceptarán trabajos originales e inéditos enviados por los autores, en todas las ramas del Derecho. El envío de un original supone el compromiso del autor de no someterlo simultáneamente a la consideración de otras publicaciones periódicas.

El envío del original supone que el autor cede a *Cuadernos Jurídicos Ius et Tribunalis* los derechos de autor que permita la normatividad vigente una vez admitida su publicación.

Se remitirá junto al artículo el formato «Declaración de compromiso de los autores», firmado por el autor o autores, en el cual cede los derechos de autor en favor de la Universidad Continental, y se compromete a cumplir con los deberes y principios consignados en dicho documento.

III. SELECCIÓN DE TRABAJOS

Los estudios y ensayos serán revisados por el Consejo Editorial. Posteriormente, las investigaciones serán sometidas a un sistema de arbitraje, que se traduce en la evaluación de dos (2) árbitros externos, quienes circunscriben su cometido a una Rúbrica que asegura la objetividad y doble anonimato en su dictamen.

En caso de divergencia en los arbitrajes, el trabajo se sujetará a una tercera valoración. Para la designación de los árbitros, se privilegiarán los académicos que acrediten conocer sobre la especialidad del trabajo. De acuerdo con el resultado de los arbitrajes, *Cuadernos Jurídicos Ius et Tribunalis* se reserva el derecho de aceptar o rechazar la publicación de los trabajos recibidos, así como de sugerir al autor o autores cambios de forma siempre que no impliquen alterar el fondo del trabajo.

IV. PUBLICACIÓN Y AUTORÍA

La Revista se reserva los derechos de impresión, reproducción total o parcial del material, así como el de aceptarlo o rechazarlo. Igualmente, se reserva el derecho de hacer cualquier modificación editorial que estime conveniente. En tal caso, el autor recibirá recomendaciones tanto del Director o de los evaluadores. Si las acepta, deberá entregar el artículo con los ajustes sugeridos dentro de las fechas fijadas por *Cuadernos Jurídicos Ius et Tribunalis* para garantizar su publicación. Los órganos promotores no son responsables de las opiniones vertidas por los autores.

V. NORMAS SOBRE CARACTERÍSTICAS FORMALES

Los colaboradores de *Cuadernos Jurídicos Ius et Tribunalis* deberán observar las siguientes disposiciones. En caso contrario, el Consejo Editorial devolverá el trabajo al autor para su corrección.

Los trabajos se remiten al correo electrónico:
revistaderecho@continental.edu.pe.

5.1. Estructura

Las contribuciones deberán tener la siguiente estructura:

1. Título en idioma español. El título debe ser conciso pero informativo, se recomienda un máximo de veinte (20) palabras.
2. Título traducido al idioma inglés.
3. Autor(es): Nombres, apellido paterno y materno. En pie de página, el último grado académico (y la institución donde logró la debida acreditación), el cargo que desempeña en la institución donde trabaja y la ins-

titución de educación superior en la que viene desempeñando labores como docencia, de ser el caso.

4. Resumen y su traducción al inglés.
5. Palabras clave y su traducción al inglés.
6. Introducción.
7. Cuerpo del contenido.
8. Conclusiones.
9. Bibliografía.

Los trabajos deben ser redactados usando un procesador de textos, en hojas tamaño A4, a espacio simple, fuente Arial a doce (12) puntos, márgenes de 3 cm por cada lado. La extensión del trabajo es de cinco (5) páginas, sin contar con una extensión máxima.

Los párrafos deben estar separados por un espacio, sin sangría. Las tablas, imágenes y gráficos deben tener una numeración (en arábigo) y una leyenda en la parte superior y consignar la autoría en la parte inferior.

La numeración y unidades de medida deben ser expresadas de acuerdo al Sistema Internacional de Unidades (SI).

5.2. Separaciones

Se utilizará un máximo de tres (3) niveles para las divisiones y subdivisiones principales del texto (capítulos, apartados y subapartados), todos en negrita. Los capítulos irán en mayúsculas y serán enumerados en romano, y los apartados y subapartados deberán consignar solo la primera letra en mayúscula, además de ser enumerados en arábigo.

Ejemplo:

I. TÍTULO DEL CAPÍTULO

1.1. Título del apartado

1.1.1. Título del subapartado

No se enumerarán los apartados correspondientes a la introducción, prefacio, prólogo o similares, estos deben indicarse con el mismo tipo y tamaño de letra que los títulos de los capítulos, pero sin numeración. Lo mismo

se aplicará para las conclusiones, listado bibliográfico y jurisprudencial, y otras divisiones finales del texto.

5.3. Referencias bibliográficas y jurisprudenciales

Al final del trabajo se deben indicar, en un listado, todas las referencias bibliográficas efectivamente citadas o referidas en el trabajo bajo el Título BIBLIOGRAFÍA.

En general, los elementos correspondientes a las referencias bibliográficas deben indicarse tal cual aparecen en la fuente de donde se extraen, salvo la indicación de la responsabilidad principal o nombre del autor o autores, que debe empezar por el apellido. Para las publicaciones seriadas, la indicación del fascículo (volumen y número) debe ser lo más completa posible.

La primera cita de una obra en el texto contendrá la referencia completa mínima según las normas aplicables y que se ejemplifican más abajo. Las siguientes citas a la misma obra contendrán solamente la mención de la responsabilidad principal, el año de edición entre paréntesis, una o dos palabras indicativas del título y la página que se cita. Citándose más de dos obras de un mismo autor, debe procurarse que las abreviaturas de los títulos sean diferentes, para su correcta individualización.

5.3.1. Citas

- **Citas textuales**

Cita textual de menos de 40 palabras con énfasis en el autor:

Por eso, en este segundo camino la función principal del Estado, a decir de Pérez (2002), es «la construcción consensual de respuestas a las ineludibles necesidades que la vida en sociedad plantea» (p. 242).

Cita textual de menos de 40 palabras con énfasis en el texto:

Por eso, en este segundo camino la función principal del Estado es «la construcción consensual de respuestas a las ineludibles necesidades que la vida en sociedad plantea» (Pérez, 2002, p. 242).

Cita textual de más de 40 palabras con énfasis en el autor:

Arce (2013) afirma:

Aun cuando éste ámbito de análisis es más filosófico que sociológico, creo que no debemos sesgar el estudio del fin del derecho a lo meramente abstracto u ontológico. Y ello porque, lo hemos repetido muchas veces, el derecho es un producto humano y no divino (p. 108).

Cita textual de más de 40 palabras con énfasis en el texto:

Aun cuando este ámbito de análisis es más filosófico que sociológico, creo que no debemos sesgar el estudio del fin del derecho a lo meramente abstracto u ontológico. Y ello porque, lo hemos repetido muchas veces, el derecho es un producto humano y no divino. (Arce, 2013, p. 108)

- **Citas parafraseadas**

Basada en el texto:

No hay jerarquía de poderes en la realidad: si es el Estado, este impondrá los fines a los demás grupos; si se trata de otro centro de poder no será el Estado el que se imponga (Ramírez, 1972, pp. 70 y ss.).

Basada en el autor:

No hay jerarquía de poderes en la realidad. Para Ramírez (1972), si es el Estado, este impondrá los fines a los demás grupos; si se trata de otro centro de poder no será el Estado el que se imponga (pp. 70 y ss.).

5.3.2. Referencias bibliográficas

- **Libros y monografías**

Bernales, E. (2012). *La Constitución de 1993. Veinte años después*. Lima: Idemsa.

- **Partes de monografías (capítulos, artículo, etc.)**

Hundskop, O. (2013). Valoración de los medios de prueba en el arbitraje. En García, F. (Director). *Derecho arbitral*. Arequipa: Adrus, pp. 191-210.

- **Artículos en publicaciones seriadas (revistas)**

Kaldor, N. (1939). Welfare propositions of economics and interpersonal comparisons of utility. *The Economist Journal*, (49)154, pp. 549-552.

Posner, R. (1996). El movimiento del análisis económico del derecho: desde Bentham hasta Becker. *Themis*, 44, pp. 37-53.

- **Artículos en publicaciones seriadas electrónicas**

Núñez, F. (2017). Hayek vs. Kelsen: el fundamento liberal liberal de la *lex mercatoria*. *Themis*, 72, pp. 127-157. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/20242/20192>

- **Referencias de fuentes jurisprudenciales**

Tribunal Constitucional del Perú (2011). Sentencia recaída en el expediente N° 000031-2010-AI. Municipalidad de Lima contra el Poder Ejecutivo.

- **Legislación**

Congreso del Perú. (2013). Ley N.° 30045, Ley de modernización de los servicios de saneamiento. Diario Oficial *El Peruano*. Lima: Congreso de la República del Perú, 5 de febrero.

Ius et Tribunalis
Cuadernos Jurídicos

año 4, n.º 4

se terminó de imprimir en
diciembre de 2018,
en los talleres gráficos de
xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx
por encargo de la
Universidad Continental.

