



CHORNANCAP
REVISTA JURÍDICA
ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE LAMBAYEQUE



40 años del Código Civil peruano

VOL.2, NÚM.1
ENERO - JUNIO
2024

e-ISSN: 2961 - 2934

CHICLAYO / PERÚ



¡Visita nuestra revista
digital **escaneando**
este QR!



ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS
DE LAMBAYEQUE



Chornancap Revista Jurídica

Vol. 2 Núm. 1

Enero - junio, 2024

Equipo Editorial

Director

Mg. José Rolando Cardenas Gonzales

Consejo Editorial

Dr. Ignacio García Vitora (*Universidad Complutense de Madrid*)

Dr. Mario Amoretti Navarro (*Ludwig-Maximilians-Universität München*)

Dr. Arnulfo Daniel Mateos Durán (*Universidad de Heidelberg*)

Dra. Paola Alexandra Sierra Zamora (*Escuela Superior de Guerra "General Rafael Reyes Prieto"*)

Dr. Manuel Bermúdez-Tapia (*Pontificia Universidad Católica del Perú*)

Dr. Carlos Alberto Sánchez Coronado (*Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo*)

© Ilustre Colegio de Abogados de Lambayeque

Esq. José C. Mariátegui y Los Rosales, Urb. Arturo Falla

Chiclayo - Perú

Dibujo de carátula ©

Frank José Machuca Cabrera

Diseño de cubierta ©

Christian Emilio Herrera Matos

Diseño y diagramación

María Rosa Becerra Guzmán

ISSN: 2961-2934 (En línea)

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N.º 2023- 09275 (digital)

Disponible a texto completo en <https://www.icallambayeque.org.pe/richornancap>



El contenido de la responsabilidad de sus autores. No refleja necesariamente la opinión del equipo editorial de la revista. La obra ha sido sometida al proceso de arbitraje o revisión de doble pares ciegos antes de su publicación.



CHORNANCAP
REVISTA JURÍDICA
ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE LAMBAYEQUE

INDIZADA EN:



EQUIPO EDITORIAL

DIRECTOR

MSc. José Rolando Cardenas Gonzales

Doctorando de la Universidad Complutense de Madrid, España.

joscarde@ucm.es

 <https://orcid.org/0000-0002-8141-9086>

EDITORES ASOCIADOS

Dra. Silvia Bagni

*Alma Mater Studiorum Università di
Bologna, Italia.*

silvia.bagni@unibo.it

 <https://orcid.org/0000-0003-3560-0914>

Dra. Susanna Pozzolo

*Università degli Studi di Brescia,
Italia.*

susanna.pozzolo@unibs.it

 <https://orcid.org/0000-0002-8566-517X>

Dr. Juan Riofrío Martínez-Villalba

*Strathmore University Strathmore Law
School, Kenia.*

jcriofrio@strathmore.edu

 <https://orcid.org/0000-0003-4461-1025>

Dr. Ignacio Álvarez Rodríguez

*Universidad Complutense de Madrid,
España.*

ialvarez1@ucm.es

 <https://orcid.org/0000-0001-6873-7269>

Dra. Covadonga Ferrer Martín

*Universidad Complutense de Madrid,
España.*

cferrerm@ucm.es

 <https://orcid.org/0000-0002-8571-3012>

Dra. María Augusta León Moreta

*Universidad Andina Simón Bolívar
Quito, Ecuador.*

mariaa.leon@uasb.edu.ec

 <https://orcid.org/0000-0001-5361-0329>

Dr. Alejandro Guerrero Torres

*Universidad Libre,
Colombia.*

alejandro.guerrerot@unilibre.edu.co

 <https://orcid.org/0009-0009-0600-3652>

Dr. Gilmer Alarcón Requejo

*Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo,
Perú.*

galarconr@unprg.edu.pe

 <https://orcid.org/0000-0002-1587-4224>



Dra. Mariana Sacher

*Ludwig-Maximilians-Universität
München, Alemania.*

mariana.sacher@jura.uni-muenchen.de

 <https://orcid.org/0000-0003-3560-0914>

Dr. Alfonso Jaime Martínez Lazcano

*Universidad Autónoma de Chiapas,
México.*

alfonsomartinezlazcano@gmail.com

 <https://orcid.org/0000-0003-0367-4716>

Dr. Fernando Manuel Castro Figueroa

*Universidad Autónoma de Baja
California, México.*

castro.fernando@uabc.edu.mx

 <https://orcid.org/0000-0002-2180-3721>

Dra. María Ruiz Dorado

*Universidad de Castilla – La Mancha,
España.*

Maria.ruiz@uclm.es

 <https://orcid.org/0009-0000-1343-624X>

Dr. Amir Al Hasani Maturano

*Universidad de las Islas Baleares,
España.*

amir.alh@uib.es

 <https://orcid.org/0000-0002-2322-5419>

MSc. Juan Alberto Castañeda Méndez

*Universidad César Vallejo,
Perú.*

jcastedam@pucp.edu.pe

 <https://orcid.org/0000-0003-4472-8709>

MSc. César David Ojeda Quiroz

*Pontificia Universidad Católica del Perú.
ojedaquirozc@gmail.com*

 <https://orcid.org/0000-0002-7914-5645>

MSc. Fernando Luna Salas

*Universidad de Cartagena, Colombia.
flunas@unicartagena.edu.co*

 <https://orcid.org/0000-0003-4574-6335>

MSc. Elky Alexander Villegas Paiva

*Universidad Señor de Sipán,
Perú.*

vpaivaelkyalex@uss.edu.pe

 <https://orcid.org/0000-0002-8438-3728>

Dr. Andrés Manuel Marfil

*Pontificia Universidad Católica,
Argentina.*

andresmarfil@uca.edu.ar

 <https://orcid.org/0009-0003-6791-7200>

CONSEJO EDITORIAL

Dr. Ignacio García Vitora

*Universidad Complutense de Madrid,
España.*

iggarcia@ucm.es

 <https://orcid.org/0000-0002-0622-5919>

Dr. Mario Amoretti Navarro

*Ludwig-Maximilians-Universität
München, Alemania.*

marioamorettnavarro@gmail.com

 <https://orcid.org/0000-0002-5514-6416>



Dr. Arnulfo Daniel Mateos Durán

*Universidad de Heidelberg,
Alemania.*

arnumat03@gmail.com

 <https://orcid.org/0000-0002-2874-5288>

Dra. Paola Alexandra Sierra Zamora

*Escuela Superior de Guerra "General
Rafael Reyes Prieto", Colombia.*

paola.sierraz@esdeg.edu.co

 <https://orcid.org/0000-0002-3146-7418>

Dr. Manuel Bermúdez-Tapia

*Pontificia Universidad Católica del Perú,
Perú.*

mbermudez@pucp.edu.pe

 <http://orcid.org/0000-0003-1576-9464>

Dr. Carlos Alberto Sánchez Coronado

*Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo,
Perú.*

csanchezcor@unprg.edu.pe

 <https://orcid.org/0000-0001-7210-566X>

CONSEJO CONSULTIVO

Dr. Riccardo Guastini

*Università degli Studi di Genova,
Italia.*


guastini@unige.it

 <https://orcid.org/0000-0002-2125-8196>

Dr. Francisco Javier García Roca

*Universidad Complutense de Madrid,
España.*

groca@der.ucm.es

 <https://orcid.org/0000-0002-8910-9680>

Dr. Juan Antonio García Amado

*Universidad de León,
España.*

jagara@unileon.es

 <https://orcid.org/0000-0003-3096-4428>

Dr. Guillaume Tusseau

*Sciences Po Paris,
Francia.*

guillaume.tusseau@sciencespo.fr

 <https://orcid.org/0000-0002-4659-9392>

CORRECCIÓN Y DIAGRAMACIÓN

María Rosa Becerra Guzmán

Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo.

mbecerragu@unprg.edu.pe

 <https://orcid.org/0009-0005-2370-9404>





ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE LAMBAYEQUE

Consejo Directivo 2023-2024

TABLA DE CONTENIDO

| | |
|---|----|
| PRESENTACIÓN | 13 |
| <i>La indemnización y el daño moral por la falsa paternidad</i> Juan Alberto Castañeda Méndez, Melanie Abigayl Quezada Pérez | 17 |
| <i>Los contratos de compraventa celebrados por el falso procurador, ¿ineficaces o nulos?</i> Boris Anderson Serrano Hernández, Zenia Lizbeth Loayza Berroca, Jorge José Higinio Casas, Xiomara Cabrera Cabrera | 31 |
| <i>La necesidad normativa del hijo alimentista y su deliberación judicial en paternidad extramatrimonial</i> María Eugenia Zevallos Loyaga, Giuliana Katherine Tirado García | 43 |
| <i>¿Daños punitivos o daño moral punitivo? El resarcimiento “sancionador” como un medio para reforzar la tutela de los derechos fundamentales de la víctima en el Perú</i> Gabriel Peralta Tripul | 53 |
| <i>La Tenencia Compartida en Perú: análisis de sus efectos sobre el Principio de Interés Superior del Niño y Adolescente</i> Dora Carmela Ampuero Barrantes, Elián Yulai Bracamonte Alejandría, Grecia Brigitte Córdova Guerrero, Greysi Rafael Vasquez, Marco Antonio Rodríguez Durand | 81 |
| <i>Análisis de la aplicación del proceso contencioso y contencioso administrativo en la legislación y jurisprudencia del Tribunal Agroambiental de Bolivia</i> Nicole Daiana Villalta Villarpando, Jessica Bernarde Torres Montaña | 99 |



| | |
|---|-----|
| <i>Imputado en la sombra: ¿estrategia de investigación o vulneración del derecho de defensa?</i> | 115 |
| Fátima Milagros Ventura Granados | |
| <i>El desafío de la formalización minera en el Perú: evaluación de los incentivos y resultados</i> | 133 |
| José Jhordy Ventura Zurita | |
| <i>Las consecuencias civiles de la muerte del imputado en el proceso penal peruano</i> | 167 |
| Ana Elisabet Segura Muñoz | |



PRESENTACIÓN

Nos complace presentar a la comunidad académica el **Vol. 2 Núm.1** de nuestra **Chornancap Revista Jurídica**, una celebración especial por los **40 años del Código Civil peruano**. Este número destaca una colección de artículos de investigación y revisión que exploran en profundidad y con rigor académico temas fundamentales y contemporáneos del derecho civil y áreas conexas. Con esta edición, no solo rendimos homenaje a cuatro décadas de desarrollo y transformación de nuestro Código Civil, sino que también ofrecemos un foro para la reflexión crítica, el análisis jurídico y el debate académico.

Hemos contado con la colaboración de destacados especialistas e investigadores nacionales e internacionales, cuyos trabajos han sido sometidos a un riguroso proceso de revisión por pares doble ciego, asegurando así la calidad y relevancia de los contenidos. Los artículos abordan una amplia gama de temas, desde la indemnización por falsa paternidad hasta la eficacia de los contratos celebrados por falsos procuradores, pasando por la normativa sobre la alimentación en casos de paternidad extramatrimonial, entre otros.

Cada contribución ofrece perspectivas únicas y análisis detallados que reflejan los desafíos y avances del derecho civil en el contexto actual. Esta edición especial es una valiosa contribución al entendimiento y fortalecimiento del marco legal peruano, y esperamos que sirva como inspiración para futuros estudios y reformas que continúen mejorando la protección de los derechos de nuestros ciudadanos. Agradecemos a los autores por sus valiosas aportaciones y a los revisores por su dedicación en garantizar la excelencia de esta publicación.

A continuación, se presenta un breve alcance de los artículos que superaron el proceso de revisión realizada por los expertos nacionales e internacionales invitados para en esta edición:

- **La indemnización y el daño moral por la falsa paternidad:** Este artículo examina las complejidades legales y emocionales involucradas en los casos de falsa paternidad, centrándose en la indemnización y el daño moral sufrido por la víctima. A través de un análisis exhaustivo, se exploran las bases jurídicas para la reparación y los criterios que los tribunales peruanos utilizan para determinar la compensación adecuada.
- **Los contratos de compraventa celebrados por el falso procurador, ¿ineficaces o nulos?:** Una profunda revisión de la validez de los contratos de compraventa realizados por falsos procuradores. El autor analiza detalladamente si estos contratos deben considerarse nulos o simplemente ineficaces, proporcionando una crítica informada sobre la normativa vigente y sus implicaciones prácticas.



- **La necesidad normativa del hijo alimentista y su deliberación judicial en paternidad extramatrimonial:** Este estudio aborda la normativa actual relativa a los derechos del hijo alimentista en casos de paternidad extramatrimonial. Se examina el papel del juez en la determinación de las obligaciones alimentarias y se discuten las protecciones legales disponibles para los menores en estas situaciones.
- **¿Daños punitivos o daño moral punitivo? El resarcimiento “sancionador” como un medio para reforzar la tutela de los derechos fundamentales de la víctima en el Perú:** Un análisis comparativo entre los daños punitivos y el daño moral punitivo dentro del sistema jurídico peruano. El artículo evalúa la pertinencia y eficacia de cada figura legal en la sanción y prevención de conductas ilícitas, proponiendo una reflexión sobre su aplicación y evolución.
- **La Tenencia Compartida en Perú: análisis de sus efectos sobre el Principio de Interés Superior del Niño y Adolescente:** Este artículo revisa la evolución y el estado actual de la tenencia compartida en el derecho familiar peruano. A través de un enfoque crítico, se exploran los beneficios y desafíos de este régimen, así como su impacto en el bienestar de los menores involucrados y las dinámicas familiares.
- **Análisis de la aplicación del proceso contencioso y contencioso administrativo en la legislación y jurisprudencia del Tribunal Agroambiental de Bolivia:** Una revisión detallada de la implementación y efectos del proceso contencioso y contencioso administrativo en Bolivia, con especial atención al Tribunal Agroambiental. Se analiza la jurisprudencia relevante y su influencia en la legislación ambiental, proporcionando una perspectiva comparativa con otros sistemas jurídicos.
- **El imputado en la sombra: ¿estrategia de investigación o vulneración del derecho de defensa?:** Un estudio sobre los derechos y garantías del imputado en el sistema penal peruano, con énfasis en aquellos que, por diversas razones, permanecen al margen del proceso penal. Se analizan casos específicos y se proponen mejoras al sistema para garantizar una justicia más equitativa y transparente.
- **El desafío de la formalización minera en el Perú: evaluación de los incentivos y resultados:** Este artículo aborda los retos y avances en la formalización de la minería en Perú. Se consideran los aspectos legales, económicos y sociales, y se evalúan las políticas públicas implementadas, analizando su efectividad en la regulación de la minería informal y las oportunidades para futuras mejoras.



- **Las consecuencias civiles de la muerte del imputado en el proceso penal peruano:**

Un análisis de las implicancias civiles derivadas de la muerte del imputado durante el proceso penal en Perú. El artículo explora las consecuencias legales para todas las partes involucradas y sugiere soluciones normativas para abordar estos casos de manera justa y eficiente

La celebración de los 40 años del Código Civil peruano nos brinda una valiosa oportunidad para reflexionar sobre su impacto y evolución a lo largo de estas décadas. Cada artículo incluido en esta edición ofrece una mirada profunda y crítica sobre aspectos esenciales del derecho civil y otras disciplinas relacionadas, destacando tanto los logros como los desafíos que aún persisten. Los temas abordados reflejan la diversidad y complejidad de las cuestiones jurídicas actuales, mostrando cómo el Código Civil ha influido y continúa influyendo en la vida de los ciudadanos y en el desarrollo de nuestro marco legal.

En nombre del equipo de Chornancap Revista Jurídica, expresamos nuestro más sincero agradecimiento a todos los autores y revisores que han contribuido a esta edición. Su dedicación y esfuerzo han sido fundamentales para la realización de este proyecto, y su compromiso con la excelencia académica se refleja en la calidad de los trabajos presentados. Esta edición no solo es un recurso invaluable para estudiantes, académicos y profesionales del derecho, sino que también sirve como una fuente de inspiración para continuar investigando y explorando los múltiples aspectos del derecho civil y sus implicaciones en nuestra sociedad.

Finalmente, invitamos a nuestros lectores a sumergirse en esta rica colección de artículos, a reflexionar profundamente sobre los temas tratados y a participar activamente en el diálogo continuo sobre el futuro del derecho civil en el Perú. Estamos convencidos de que esta edición especial contribuirá significativamente al debate académico y a la evolución de nuestra legislación, fomentando un sistema jurídico más justo, equitativo y adaptado a las necesidades y realidades de nuestro tiempo.

Chiclayo, julio de 2024.

José Rolando Cardenas Gonzales

Director



La indemnización y el daño moral por la falsa paternidad

Compensation and moral damages for false paternity

Juan Alberto Castañeda Mendez*¹

Universidad César Vallejo (Trujillo, Perú)

jcastanedam@pucp.edu.pe

<https://orcid.org/0000-0003-4472-8709>

Melanie Abigayl Quezada Perez²

Universidad César Vallejo (Trujillo, Perú)

melaniequezadaperez@gmail.com

<https://orcid.org/0000-0003-3294-3858>

Recibido: 05/04/2024

Aprobado: 23/06/2024

Publicación online: 05/07/2024

***Autor corresponsal**

¹Máster en Derechos Fundamentales por la Universidad Carlos III de Madrid.

²Estudiante de la Escuela Profesional de Derecho.



Cómo citar este trabajo

Castañeda Méndez, J.A. y Quezada Perez, M.A. (2024). La indemnización y el daño moral por la falsa paternidad. *Chornancap Revista Jurídica*, 2(1), 17-30. <https://doi.org/10.61542/rjch.75>

RESUMEN

El presente artículo se enfoca en la problemática de la falsa atribución de paternidad y la necesidad de indemnización por daño moral en casos específicos. Teniendo como principal objetivo determinar si corresponde indemnización por daño moral a razón de la falsa paternidad. Para lo cual se utilizó un enfoque cualitativo y diseño descriptivo, aplicándose entrevistas a diez abogados especialistas en Derecho de Familia. Uno de los resultados más relevantes fue que, al descubrirse la falsa atribución de paternidad, sí existe daño moral, originando una afectación al derecho a la identidad, creencia de falsa filiación, se mancilla el deber de fidelidad y creación de una responsabilidad civil. En ese sentido, la problemática plantea no solo un desafío legal, sino también una violación palpable de derechos fundamentales, por lo que una compensación económica por el daño debe ser prioritaria como forma de reparación del daño moral.

Palabras clave: Atribución de paternidad, Indemnización por daño moral, Derecho de familia, Identidad, Responsabilidad civil.

ABSTRACT

This article focuses on the problem of false attribution of paternity and the need for compensation for moral damages in specific cases. Its main objective is to determine whether compensation for moral damages is due to false paternity. For this purpose, a qualitative approach and descriptive design were used, applying interviews to ten lawyers specialized in Family Law. One of the most relevant results was that, when the false attribution of paternity is discovered, there is moral damage, originating an affectation to the right to identity, belief of false filiation, defilement of the duty of fidelity and creation of a civil liability. In this sense, the problem poses not only a legal challenge, but also a palpable violation of fundamental rights, so that financial compensation for the damage should be a priority as a form of reparation for moral damage.

Keywords: *Paternity attribution, Compensation for moral damages, Family law, Identity, Civil liability.*

Introducción

En el marco de un Estado Constitucional, el derecho civil se enfatiza como una necesidad de respuesta, en tanto que; su normatividad es un asunto diario y dinámico entre nuestros problemas. Uno de aquellos problemas tiene que ver con la falsa paternidad, hecho que se procura estudiar como causa de daño moral para plantear y fundar la pretensión de indemnización. Sobre todo, en una sociedad civilizada por la cual el respecto a los derechos de los demás importa el no abuso de derecho.

La reparación económica por daño moral la cual es demandada por quien en caso de una falsa atribución de paternidad se considere perjudicado, lo cual permitiría en caso de su inclusión, el resarcimiento del daño ocasionado por el engaño esporádicamente, debido a que en la mayoría de los casos este se da a través de los años y largos períodos de tiempo, no dejando ningún efecto en los involucrados. Una falsa atribución de paternidad causa daño moral y también un perjuicio económico al padre al cual, puesto que se le atribuye una paternidad errónea, por estas razones ambos supuestos deben ser considerados necesarios y suficientes para la existencia de una regulación que castigue el engaño ocasionado.

En este sentido, Rivera Cupara (2019) destaca que:

El resultado negativo de la prueba biológica de ADN en procesos de filiación judicial de paternidad extramatrimonial puede afectar gravemente los derechos al honor y dignidad del presunto padre, quien sufre un daño moral significativo debido a la falsa imputación de paternidad. (p.75)

Asimismo, Tarazona Trujillo (2019) subraya que "el daño moral y perjuicio económico derivados de la falsa atribución de paternidad no solo afectan profundamente la integridad emocional del presunto padre, sino que también generan un impacto financiero considerable, el

cual debe ser debidamente compensado" (p. 83). Esta perspectiva refuerza la necesidad de una legislación que proteja adecuadamente los derechos de los afectados por falsas atribuciones de paternidad.

Palacios Mazabel (2018), quien realiza una investigación sobre la resignificación que tienen los padres en la sociedad, contempla una investigación exploratoria, de focalización y comprensiva, en ella se realizó una reconstrucción del curso de vida de los participantes sobre su paternidad, crianza y cuidado de sus hijos en Colombia. La investigación tuvo como objetivo avanzar en la comprensión de las transiciones sociales, normativas y familiares en un proceso que no es exclusivo de las mujeres. Este trabajo ayuda en la presente investigación porque pese a la brecha entre Colombia y la normativa, se sabe que los padres buscaron estrategias significativas en los procesos de cuidado de los hijos. El enfoque de normatividad que se le quiere dar a la falsa paternidad en la legislación peruana del tema presente a tocar.

Por otro lado, tenemos a los profesores Santiago Basaldúa & Huamán Lagos (2021) quienes analizan sobre el daño moral y perjuicio económico originado por falsa atribución de paternidad según la percepción de los jueces y fiscales de la Corte Superior de Ica, arribando a la idea de que la falsa atribución de paternidad causa daño moral y también perjuicio económico al padre. Buscando regular específicamente, una correcta indemnización bajo la perspectiva de que el daño moral debe ser tomado en cuenta después de haber sido probado para, posteriormente ser resarcido correctamente.

También tenemos a Leiva Villena (2023) se refiere específicamente al resarcimiento del daño, quien estipula que uno de los objetivos principales dentro de este trabajo es optimizar la verificación de una verdadera paternidad en caso de matrimonio y presunción de esta. Generando una situación de vincular la relación de filiación y derechos fundamentales como la identidad. Siendo la indemnización por el daño moral, al presentarse esta de manera genérica en nuestro ordenamiento careciendo de especificaciones, la casuística con este tema queda en su mayoría, exenta. En ese sentido la justificación teórica en la regulación del ordenamiento jurídico peruano con vinculación a la indemnización hacia el perjudicado por una falsa presunción de paternidad, referidos netamente al hombre a quien se le imputa ser padre falazmente, esto se relaciona a los miles de casos que existen y han sido materia de evaluación por otras entidades en donde, el único respaldo que reciben estos sujetos es la reparación civil. La ambigüedad de la norma juega en contra en esta casuística debido a que la deficiencia de las normas no prevalece en esta situación; es necesario ser conscientes de que no existen leyes que amparen esta problemática en específico.

Por consiguiente, este trabajo está guiado por la normativa, es importante mencionar que, si bien la interpretación sistemática del presente tema de investigación se ubica en nuestro Código

Civil que establece la irrevocabilidad del reconocimiento por el propio padre, esto implica también mencionar a la Constitución Política del Perú, así como el Código de los Niños y Adolescentes, según la cual los principales derechos de los involucrados. Este ítem es de vital controversia, materia de discusión, por ello, a través de nuestra investigación nos enfocaremos en fortalecer opciones de solución ante esta problemática, a brindar opiniones objetivas sustentadas que ayudarán a que el lector se encuentre seguro de la información y planteamiento de este trabajo. La intención está destinada a la resolución de esta casuística en favor de aquellos padres que viven una vida con una filiación sobrepuesta a la realidad y veracidad consanguínea. En tal sentido, nuestra formulación de problema consiste en ¿en qué consiste la indemnización por daño moral a razón de la falsa paternidad?

Ante esta interrogante, se llegó a la siguiente hipótesis, que si corresponde indemnización por daño moral a razón de la falsa paternidad en tanto que las leyes y su regulación poco específica en casos de falsa paternidad resulta en desafíos significativos para determinar el resarcimiento apropiado del perjuicio moral por todas las partes involucradas; lo que puede dar lugar a discrepancias en las decisiones judiciales y a una necesidad de reformas legales que aborden de manera más efectiva esta problemática.

En este contexto, Condezo Luna (2022) señala que:

Las implicancias jurídicas derivadas de la declaración de paternidad extramatrimonial conforme a la Ley N° 28457 y su modificatoria Ley N° 30628 evidencian la necesidad de una revisión normativa para garantizar una protección adecuada de los derechos de todas las partes involucradas. (p. 92)

En esa línea, el objetivo general es determinar si corresponde indemnización por daño moral a razón de la falsa paternidad. Siguiéndole así los siguientes objetivos específicos que son, en primer lugar, analizar la legislación vigente e identificar los factores de indemnización que corresponde por la falsa atribución de la paternidad, especialmente cuando existe dolo y en segundo lugar evaluar el impacto emocional por el daño moral ocasionado por una impugnación de falsa paternidad, de esta manera se propondría y explorará pautas para el desarrollo y contribución de una reforma legal en casos de falsa paternidad. Cirilo Huamán & De La Cruz Sotelo (2021) destacan que la "impugnación de paternidad y el derecho a la identidad en el Cuarto Juzgado de Familia de Lima Norte, 2019, reflejan la necesidad de una regulación clara y precisa para proteger adecuadamente los derechos de los menores y los padres afectados" (p. 47).

Asimismo, Rivera Serquen (2022) resalta que los vacíos legales que dificultan la impugnación de la paternidad matrimonial, incluso cuando se demuestra la no paternidad

mediante pruebas biológicas de ADN en el Perú en 2020, resaltan la necesidad urgente de implementar reformas legales para asegurar una administración de justicia adecuada en estos casos. Estas perspectivas refuerzan la importancia de una legislación específica y efectiva para abordar los desafíos presentados por la falsa atribución de paternidad y garantizar una compensación justa y equitativa para los afectados.

Metodología

La presente investigación se basó en un enfoque cualitativo, empleando la entrevista como como técnica principal para la recopilación de datos y perspectivas de los participantes, con el objetivo principal es obtener información detallada, lo cual contribuirá al análisis y estudio contemplado en este trabajo de investigación. El escenario de estudio fue la ciudad de Trujillo, donde se priorizó el criterio de la especialidad en Derecho de familia para aplicar el instrumento entre diez abogados. El diseño adoptado es el descriptivo, el que según lo expresado por Guevara Alban et al. (2020), tiene como principal objetivo obtener un conocimiento profundo de las situaciones, costumbres y actitudes predominantes mediante la descripción detallada de actividades, objetos, procesos y personas. En este caso, el desarrollo de cada terminología y situaciones ayudará a un resultado más completo.

Resultados

En cuanto a los resultados, partiendo de la idea del maestro Muñoz Quinde (2022), quien resalta la necesidad de "impugnar el reconocimiento de paternidad por existencia de dolo de parte de la progenitora, lo cual es esencial para corregir injusticias y asegurar que los derechos del padre y del menor sean respetados en todo momento" (p. 55), se aplicaron los instrumentos y se obtuvieron resultados sustanciales.

El primer resultado de los diez entrevistados, dejó en evidencia que sí existe daño moral al descubrirse una falsa atribución de paternidad, ésta si ocasiona este tipo de daño bajo consideraciones de la situación que acontezca y sus características como lo son la vulneración al derecho a la identidad, creencia de falsa filiación, se mancilla el deber de fidelidad y creación de una responsabilidad civil.

Otro de los resultados, relacionada a las razones por las cuales se considera que se ocasiona daño moral en relación a considerarse en determinación cuando se debe optar por esta denominación, la mayoría de entrevistados opinó que esta genera un daño que debe obligatoriamente ser resarcido puesto que la afectación psicológica está presente desde el momento en el que se descubre la verdad de los hechos, como también, se mencionan los deberes que se han cumplido erróneamente tanto patrimonial como extra patrimonialmente.

Por otro lado, respecto a la identificación de la presencia del dolo, los entrevistados concordaron en que, si esto puede ser probado, sería una respuesta positiva a la interrogante. Este acto engañoso debe ser indemnizado si a sabiendas se realizó bajo presencia de dolo. La mayoría de entrevistados coincidió que en este aspecto se genera una responsabilidad neta y merecedora de resarcimiento. Asimismo, en el cuarto resultado los entrevistados respondieron afirmativamente a que existe presencia de daños y perjuicios en la generación de esta mentira, que, en su parte, es ocasionada por la madre, quien actúa de mala fe. Sobre todo, más de la mitad de los entrevistados considera que en este ítem existen dos afectaciones psicológicamente relacionadas tanto al padre como al menor involucrado.

Discusión

En principio, la ciencia del Derecho requiere estar en constante actualización de acuerdo a las necesidades sociales que surgen con el paso del tiempo y el Derecho familiar no es la excepción, puesto que regula las relaciones familiares para solucionar los problemas que enfrentan en el día a día, esto por su carácter de orden público e interés social, que significa la protección que otorga el Estado a la familia sin intervenir directamente, pero creando condiciones para su protección como juzgados, procesos y códigos familiares con el objetivo de salvaguardar sus derechos, mantener estabilidad social y por ende, del Estado (Aguilar Calderón, 2021). En este contexto, Castro Zamora & García Rebaza (2021) destacan la importancia de "la indemnización por daños y perjuicios a quien toma conocimiento de una paternidad negativa, subrayando que esta medida no solo resarce económicamente al afectado, sino que también reconoce la gravedad del daño emocional y social que conlleva" (p. 37).

Una falsa atribución de paternidad va más allá de únicamente considerar un proceso judicial por responsabilidad civil, sino también de apreciar la verdadera vulneración a derechos fundamentales como lo son el de identidad e integridad. Tanto el sujeto afectado directamente, el falso padre, como también el menor, quien sufriría un impacto grave psicológicamente a considerar en este tema. Es trascendental considerar esta cuestión. Sin perjuicio de lo mencionado, se debe tener en cuenta que se niega la posibilidad de reparación del daño moral resultante de la ocultación de la verdadera paternidad respecto del hijo que el marido creía ser suyo, resultando necesario en reafirma el carácter jurídico de las obligaciones conyugales y la posibilidad de aplicar normas generales de responsabilidad civil en el Derecho de familia (De Verda y Beamonte, 2021). Asimismo, Correa Jiménez (2019) añade que la falsa atribución de paternidad por parte de la madre, así como su tipificación y penalización, deben ser abordadas con la seriedad que merecen. Estos actos constituyen un engaño intencional que debe ser sancionado para proteger los derechos del afectado y disuadir futuras incidencias.

Si analizamos en detalle el tema de esta investigación, encontramos que el Código Civil peruano establece una indemnización por daño moral pero ineficaz por su inexactitud, la cual abarca la reparación de los perjuicios que resultan directamente del acto ilícito. Además, esta indemnización también incluye los daños y perjuicios que se originan inmediatamente a causa del acto ilícito. En resumen, la ley reconoce la indemnización por daño moral, pero carece de directrices claras para su determinación, dejando a discreción de los tribunales la evaluación e interpretación de cada caso para determinar la gravedad del acto y el monto indemnizatorio correspondiente.

El profesor Osterling (2010), subraya que, a pesar de que el daño moral está regulado en el Código Civil peruano es amplia y no fija montos concretos, los jueces deben apoyarse en principios de equidad y razonabilidad al determinar la cantidad de la compensación. Osterling enfatiza la importancia de que los jueces no tengan pautas cuantitativas específicas en el Código Civil peruano de 1984, para así poder calcular la indemnización por daño moral. En su lugar, lo que deben ejercer es discreción tomando en cuenta la equidad y la razonabilidad en cada caso. Existe mayor flexibilidad en la determinación de la cuantía de la indemnización, teniendo en cuenta las circunstancias individuales de cada situación y promoviendo una justicia más adaptada a la realidad de los casos de daño moral. Dentro de este tema, la cuantía equivaldría al daño en magnitud de un engaño significativamente irreparable.

El objetivo principal de la indemnización es compensar a la parte perjudicada por el daño sufrido, ya sea en términos económicos, físicos, psicológicos o de reputación. La cantidad de la indemnización debido a que abarca aspectos tantos emocionales, psicosociales, psicológicos y morales que por ende necesitarán de un resarcimiento minucioso si de cuantía nos referimos. Es importante destacar que la indemnización tiene como objetivo brindar justicia y reparación a la parte perjudicada. Sin embargo, en este tema pueden incluso existir dos partes perjudicadas si el caso lo requiere, como lo son tanto el falso progenitor como el menor que también es parte de la paternidad atribuida dolosamente.

El daño moral es un tipo de perjuicio o sufrimiento emocional que se experimenta como consecuencia de un acto o evento negativo, como una acción injusta, ofensiva o humillante, que afecta la integridad, la dignidad o los valores personales de un individuo. A diferencia del daño físico, el daño moral no se manifiesta en lesiones físicas visibles, sino que implica aflicción psicológica, angustia, tristeza, humillación o pérdida de reputación. El daño moral puede ser causado por diversas circunstancias, como difamación, calumnia, acoso, discriminación, violencia verbal o psicológica, violación de derechos fundamentales, traición, incumplimiento de contratos o promesas, entre otros. En muchos sistemas legales, el daño moral puede ser objeto de compensación en casos en los que se demuestre que una persona ha sufrido un daño emocional

significativo. Es importante destacar que la evaluación y cuantificación del daño moral puede ser subjetiva, ya que depende de las circunstancias individuales y de la percepción de la víctima.

Los hermanos Henri y León Mazeaud, civilistas, junto a André Tunc hacen notar que la cuestión de la legitimidad de las personas para solicitar reparación por daño moral en casos de agravio a los sentimientos afectivos no está definida en una norma legal específica. En cambio, proponen basarse en el criterio del daño material para determinar quiénes pueden presentar una reclamación, es decir, es necesario demostrar un perjuicio concreto y un interés legítimo. El requisito de un perjuicio concreto se aplica tanto a parientes consanguíneos como a parientes por afinidad, así como a personas que no tienen ningún tipo de vínculo de parentesco por consanguinidad o afinidad. Esta perspectiva, que podría tener implicaciones en casos de reclamaciones por daño moral, se presenta como un obstáculo a la posibilidad de presentar demandas en esta área. Mazeaud y Tunc abogan por la necesidad de demostrar un daño tangible y un interés legítimo para solicitar reparación por daño moral, independientemente de los lazos familiares. Esto podría evitar una proliferación indiscriminada de demandas por daño moral y establecer ciertos límites a quienes pueden recurrir a este tipo de reclamación. (Sánchez Ramírez, 2018)

El impacto del daño moral puede variar en cada individuo y en cada situación específica. En algunos casos, las personas pueden encontrar formas de superar y recuperarse del daño moral, mientras que en otros casos puede dejar secuelas emocionales duraderas. En este caso, enterarse de una falsa paternidad puede provocar un desbalance total y resquebrajar la autoestima de un ser humano. En el ámbito legal peruano, esta institución ha evolucionado a lo largo de distintas ediciones del Código Civil.

Según Cornejo Chávez (1999), esta presunción se fundamenta en dos teorías clave: la cohabitación o la actividad sexual que involucra que el esposo y la esposa mantengan relaciones íntimas, y el deber de brindar fidelidad, que supone que los esposos deben mantener la lealtad, tanto por consideraciones éticas como sociales. A pesar de que esta presunción de paternidad garantiza estabilidad y seguridad en la estructura familiar, es susceptible de ser refutada mediante pruebas judiciales. Esta regla protege tanto los derechos de los hijos al establecer una filiación estable y legalmente reconocida, como los derechos del padre biológico a ser identificado como tal. Es esencial destacar que la presunción de paternidad, en el contexto legal, no solo toma en cuenta factores biológicos, sino también aspectos sociales, al conceder la paternidad al cónyuge casado con la madre del niño.

La presunción de paternidad es un concepto jurídico que ha evolucionado con el tiempo para adecuarse a las dinámicas sociales y familiares cambiantes. En su esencia, su propósito es

salvaguardar los derechos de los hijos al garantizar una filiación estable y legalmente reconocida, proporcionando seguridad en el entorno familiar. El Estado protege la idea de que los padres deben ser responsables en su paternidad. Estos aspectos lamentablemente se ven afectados cuando existe una falsa atribución de paternidad puesto que se vulneran todos los derechos mencionados y además se ostenta obligaciones ajenas que son realizadas por alguien que no corresponde.

No obstante, como cualquier principio legal, presenta ventajas y desafíos. Por un lado, la presunción de paternidad puede resultar una herramienta valiosa para mantener la estabilidad en las familias y conferir a los hijos una figura paterna reconocida legalmente, sin importar las cuestiones biológicas. Esto puede ser de especial relevancia en situaciones de divorcio o separación, donde la paternidad legal continúa siendo significativa para el bienestar emocional y financiero de los hijos.

Por otro lado, también plantea desafíos en circunstancias en las que la filiación biológica no coincide con la filiación legal. Esto puede dar lugar a disputas y conflictos legales, particularmente cuando alguien busca demostrar que no es el padre biológico y, por lo tanto, no debería tener obligaciones legales hacia el hijo. Si bien han existido casos en los que la filiación biológica no ha sido trascendente porque el vínculo afectivo trasciende, también existen otros en los cuales el engaño causa un impacto significativo entre los perjudicados, porque en un sentido amplio no solo el falso padre se ve afectado, sino también el menor hijo víctima de una falsa filiación.

En última instancia, la presunción de paternidad ejemplifica cómo el sistema legal busca equilibrar la estabilidad y los derechos de los hijos con la necesidad de abordar las complejidades de las relaciones familiares contemporáneas. Esto puede implicar la revisión y modificación de las normativas relacionadas con la presunción de paternidad a medida que evolucionan las estructuras familiares y las concepciones cambiantes de la paternidad.

Este ocultamiento se refiere a la relación entre padre-hijo, en la que una persona creía erróneamente que tenía un vínculo biológico con su hijo, cuando en realidad se le atribuye incorrectamente la paternidad. Dado que el sistema legal peruano carece de regulaciones específicas para abordar tales situaciones. Algunas audiencias adoptan un enfoque más flexible, mientras que otras son más rigurosas, incluso discrepando de la opinión predominante. Evitar estos sucesos debería ser considerado para optar por una regulación indicada.

En este sentido, Dongo Quintana (2022) enfatiza que:

El derecho a la filiación y la vulneración al principio del interés superior del niño en casos de falsa paternidad representan una grave afectación a los derechos fundamentales del

menor, destacando la necesidad de una regulación más específica y protectora en el ámbito legal. (p. 45)

Esta perspectiva subraya la importancia de una normativa que proteja adecuadamente los derechos del niño frente a falsas atribuciones de paternidad.

Además, Arce Guarniz & Yaranga Torres (2021) argumentan que:

La determinación del daño en la responsabilidad civil derivada de la indebida atribución de la paternidad debe considerar tanto el perjuicio económico como el daño moral sufrido por el presunto padre, lo que exige una evaluación detallada y justa por parte de las autoridades judiciales. (p. 63).

Este enfoque resalta la necesidad de criterios claros y justos para la indemnización en estos casos.

En el ámbito legal, la mala fe se refiere a la conducta fraudulenta o engañosa de una persona al celebrar un acuerdo, dentro del tema, una relación jurídica, con la intención de perjudicar a la otra parte. Esta conducta se manifiesta en diversas situaciones, como la accesión, prescripción, matrimonio y el cumplimiento de obligaciones, y puede dar lugar a responsabilidad extracontractual. Además, el profesor Ordoqui Castilla (2017), al abordar el concepto de derecho subjetivo, subraya que un derecho subjetivo es la capacidad que una persona puede ejercer a su discreción, siempre que se ajuste a lo permitido por el ordenamiento jurídico y se actúe de buena fe sin causar daño injustificado a terceros. Esto conlleva la existencia de derechos subjetivos y las correspondientes obligaciones o deberes. El derecho subjetivo se presenta como una facultad o prerrogativa otorgada por el orden legal al titular del derecho para ejercerlo de acuerdo con lo que esta legítima. El actuar de mala fe de la madre que, a sabiendas de que al que se le atribuye una falsa paternidad, realiza el acto de todas maneras es una situación engañosa que lamentablemente no solo perjudica a este sujeto.

Esta situación plantea un dilema complejo en el ámbito legal y emocional. Por un lado, es importante reconocer que las relaciones familiares, especialmente la paternidad, son cuestiones profundamente personales y emocionales. Desde una perspectiva legal, es comprensible que se busque una forma de reparar los daños emocionales y psicológicos que pueden surgir en estas circunstancias. Sin embargo, es importante tener en cuenta que cada caso es único, y las leyes y regulaciones pueden variar significativamente de un lugar a otro. La aplicación de criterios de responsabilidad civil en estos casos debe ser cuidadosamente considerada y sopesada para evitar posibles injusticias. Además, promover la honestidad y la comunicación abierta en las relaciones familiares es esencial para evitar este tipo de conflictos y problemas en el futuro.

Conclusiones

Es innegable la presencia tanto de un perjuicio emocional como de una afectación económica hacia el padre que, al ser engañado, asume responsabilidades afectivas y de filiación que son cruciales para su desarrollo integral como progenitor. Se plantea, en consecuencia, que, en concordancia con el objetivo principal de este artículo, una compensación económica por el daño debe ser prioritaria como forma de reparación del daño moral.

La falsa atribución de paternidad no solo implica un proceso legal por responsabilidad civil, sino que también conlleva una profunda afectación a derechos fundamentales, como la identidad e integridad. Tanto el individuo directamente afectado, el falso padre, como el menor involucrado, experimentarían consecuencias psicológicas significativas que deben ser tenidas en cuenta en este asunto. La consideración de esta problemática va más allá de un enfoque meramente jurídico y destaca la importancia de abordarla desde una perspectiva más amplia, reconociendo las dimensiones emocionales y personales involucradas.

La falsa atribución de paternidad representa no solo un desafío legal en términos de responsabilidad civil, sino también una violación palpable de derechos fundamentales, como la identidad e integridad. La afectación psicológica tanto para el falso padre como para el menor subraya la trascendencia de abordar este tema con sensibilidad y comprensión. Reconocer estas dimensiones más amplias es esencial para una aproximación integral que pueda proporcionar respuestas adecuadas y justas en casos de tan profundo impacto emocional y personal.

Referencias

- Aguilar Calderón, P. A. (2021). Una propuesta de indemnización a la parte afectada por el juicio de reconocimiento o investigación de paternidad o maternidad de los hijos nacidos fuera del matrimonio: hacia una reparación del daño en el derecho familiar. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 71(279–2), 413. <https://doi.org/10.22201/fder.24488933e.2021.279-2.75923>
- Arce Guarniz, I. Y., & Yaranga Torres, J. (2021). *Criterios para la determinación del daño en la responsabilidad civil derivada de la indebida atribución de la paternidad*. [Tesis para optar el grado de magíster, Universidad César Vallejo]. https://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12692/93593/Arce_GIY-Yaranga_TJ-SD.pdf?sequence=4&isAllowed=y
- Barragan Huaman, E. R. (2022). *Afectación al padre legal en casos de impugnación de paternidad y su indemnización en el primer juzgado de familia de la provincia de San Román, 2022*. [Tesis para optar el título profesional de Abogada, Universidad Privada San Carlos].

http://repositorio.upsc.edu.pe/bitstream/handle/UPSC/425/Erika_Roxana_BARRAGAN_HUAMAN.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Briones Cordova, K. E., Gamarra Villacorta, A. J., & Vera Villafuerte, G. M. (2022). *La presunción pater is est y el derecho al reconocimiento de la identidad y filiación en el Distrito de Lince, 2021*. [Tesis para optar el título profesional de Abogada, Universidad Peruana de Las Américas].

https://alicia.concytec.gob.pe/vufind/Record/ULAS_175f6cd732092cc20dcadba55e9939cd

Castro Zamora, E. B., & García Rebaza, B. M. (2021). *Indemnización por daños y perjuicios a quien toma conocimiento de una paternidad negativa, 2020*. [Tesis para optar el título profesional de Abogada, Universidad César Vallejo].

https://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12692/71430/Castro_ZEB-Garcia_RBM-SD.pdf?sequence=8&isAllowed=y

Cirilo Huamán, C. E., & De La Cruz Sotelo, M. Y. (2021). *La Impugnación de Paternidad y el Derecho a la Identidad en el Cuarto Juzgado de Familia de Lima Norte, 2019*. [Tesis para optar el título profesional de Abogada, Universidad César Vallejo].

https://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12692/65729/Cirilo_HCE-DeLaCruz_SMY-SD.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Condezo Luna, C. M. (2022). *Implicancias jurídicas derivadas de la declaración de paternidad extramatrimonial conforme a la Ley N.° 28457 y su modificatoria Ley N.° 30628*. [Tesis para optar el título profesional de Abogada, Universidad Inca Garcilaso de la Vega].

<http://intra.uigv.edu.pe/bitstream/handle/20.500.11818/7039/TESIS%20-%20CONDEZO%20LUNA%20CONSUELO%20MILAGROS.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Cornejo Chávez, H. (1999). *Derecho familiar peruano* (Décima edición). Gaceta Jurídica.

Correa Jiménez, M. A. (2019). *La Falsa Atribución de Paternidad por parte de la Madre, su Tipificación y Penalización*. [Tesis para optar el título profesional de Abogada, Universidad Nacional de Loja].

<https://dspace.unl.edu.ec/jspui/bitstream/123456789/21761/1/Marianela%20Alexandra%20Correa%20Jim%c3%a9nez.pdf>

De Verda y Beamonte, J. R. (2021). La indemnización derivada de la ocultación de la verdadera paternidad respecto del hijo que el marido creía ser suyo. *Revista IBERC*, 4(1), 119–132.

<https://doi.org/10.37963/iberc.v4i1.152>

Dongo Quintana, A. A. (2022). *El derecho a la filiación y la vulneración al principio del interés superior del niño en casos de falsa paternidad*. [Tesis para optar el título profesional de Abogada, Universidad César Vallejo].

https://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12692/114793/Dongo_QAA-SD.pdf?sequence=1&isAllowed=y

- Guevara Alban, G. P., Verdesoto Arguello, A. E., & Castro Molina, N. E. (2020). Metodologías de investigación educativa (descriptivas, experimentales, participativas, y de investigación-acción). *Recimundo*, 4(3), 163–173. <https://recimundo.com/index.php/es/article/view/860>
- Huaranga Retuerto, J. J. (2021). *Impugnación de paternidad a través de ADN y la afectación del derecho a la identidad del niño en el segundo juzgado de familia de Huacho, 2018 - 2019*. [Tesis para optar el título profesional de Abogado, Universidad Nacional José Faustino Sánchez Carrión]. https://alicia.concytec.gob.pe/vufind/Record/UNJF_e0238500cd5ee8845b9a36b583eae183/Details
- Leiva Villena, J. A. (2023). *Indemnización por daño moral demandado por el esposo en caso de falsa atribución de paternidad*. [Tesis para optar el título profesional de Abogada, Universidad Católica San Pablo]. <https://repositorio.ucsp.edu.pe/backend/api/core/bitstreams/f2024127-1b82-4a1d-8e87-5fc2a1b320e1/content>
- Muñoz Quinde, G. E. (2022). *Impugnación del reconocimiento de paternidad por existencia de dolo de parte de la progenitora respecto de los hijos nacidos dentro del matrimonio*. [Tesis para optar el título profesional de Abogada, Universidad Nacional de Loja]. <https://dspace.unl.edu.ec/jspui/bitstream/123456789/24806/1/TRABAJO%20DE%20INVESTI%20GACI%20GABRIELA%20MUNOZ%20SIGNED-SIGNED.PDF>
- Nieves Hidalgo, S. I. (2021). *Declaración de la madre respecto al PATER IS EST e interés superior del niño, Tumbes-2020*. [Tesis para optar el título profesional de Abogada, Universidad Nacional de Tumbes]. <https://repositorio.untumbes.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12874/2416/tesis%20nieves%20hidalgo.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Ordoqui Castilla, G. (2017). *Tratado de derechos de los contratos: Vol. I*. Ediciones Legales E.I.R.L.
- Osterling, F. (2010). *Indemnización por daño moral*. Congreso de la Republica del Perú. [https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/08E88F46569252E005257E82007BF4E8/\\$FILE/Indemnizaci%C3%B3n_por_Da%C3%B1o_Moral.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/08E88F46569252E005257E82007BF4E8/$FILE/Indemnizaci%C3%B3n_por_Da%C3%B1o_Moral.pdf)
- Palacios Mazabel, N. (2018). *Re significación del lugar del padre y el ejercicio de la paternidad en los procesos de crianza y cuidado de los hijos e hijas*. [Tesis para optar el grado de magíster, Universidad de Manizales]. <https://ridum.umanizales.edu.co/xmlui/bitstream/handle/20.500.12746/3976/Tesis%20Mae%20str%20ADa.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Rivera Cupara, Y. (2019). *Resultado negativo de la prueba biológica de ADN en procesos de filiación judicial de paternidad extramatrimonial y su afectación a los derechos al honor y dignidad del presunto padre*. [Tesis para optar el título profesional de Abogada, Universidad Andina del Cusco]. <https://renati.sunedu.gob.pe/handle/sunedu/3043730>

- Rivera Serquen, S. V. (2022). *Vacíos legales que imposibilitan la impugnación de la paternidad matrimonial ante la demostración de no paternidad por la prueba biológica de ADN en el Perú, 2020*. [Tesis para optar el título profesional de Abogada, Universidad Peruana de los Andes]. https://repositorio.upla.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12848/5861/T037_45923839_T.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Sánchez Ramírez, A. (2018). El daño a la persona en la experiencia comparada. *Aequitas*, 1(1), 37-52. <https://revistasinvestigacion.unmsm.edu.pe/index.php/Aequitas/article/view/15219>
- Santiago Basaldúa, E. R. & Huamán Lagos, G. F. (2021). *El daño moral y perjuicio económico originado por falsa atribución de paternidad según la percepción de los jueces y fiscales de la Corte Superior de Justicia de Ica, 2020*. [Tesis para optar el título profesional de Abogado, Universidad Autónoma de Ica]. <http://repositorio.autonmadeica.edu.pe/bitstream/autonmadeica/1658/1/Edwing%20Rojer%20Santiago%20Basaldua.pdf>
- Tarazona Trujillo, G. F. (2019). *El daño moral y perjuicio económico derivada de la falsa atribución de paternidad, 2019*. [Tesis para optar el título profesional de Abogado, Universidad César Vallejo]. https://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12692/52644/Tarazona_TGF-SD.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Financiación

El presente artículo no cuenta con financiación específica de agencias de financiamiento en los sectores público o privado para su desarrollo y/o publicación.

Conflicto de interés

Los autores del artículo declaran no tener ningún conflicto de intereses en su realización.

© Los autores. Este artículo en acceso abierto es publicado por Chornancap Revista Jurídica del Ilustre Colegio de Abogados de Lambayeque bajo los términos de la Licencia Internacional Creative Commons Attribution 4.0 (CC BY 4.0), que permite copiar y distribuir en cualquier material o formato, asimismo mezclar o transformar para cualquier fin, siempre y cuando sea reconocida la autoría de la creación original, debiéndose mencionar de manera visible y expresa al autor o autores y a la revista.

Los contratos de compraventa celebrados por el falso procurador, ¿ineficaces o nulos?

Are sales contracts concluded with direct representation without power, ineffective or void?

Boris Anderson Serrano Hernández*¹

Universidad Señor de Sipán (Lambayeque, Perú)
shernandezboris@uss.edu.pe
<https://orcid.org/0009-0005-8696-8104>

Recibido: 22/03/2024

Aprobado: 14/06/2024

Publicación online: 05/07/2024

Zenia Lizbeth Loayza Berrocal¹

Universidad Señor de Sipán (Lambayeque, Perú)
lberrocalzenial@uss.edu.pe
<https://orcid.org/0009-0006-1156-2211>

*Autor correspondiente

¹ Maestrante en Derecho Civil y Procesal Civil.

² Doctora en Ciencias Pedagógicas y Licenciada en Derecho.

Jorge José Higinio Casas¹

Universidad Señor de Sipán (Lambayeque, Perú)
hcasasjorgejose@uss.edu.pe
<https://orcid.org/0009-0002-5159-1018>

Xiomara Cabrera Cabrera²

Universidad Señor de Sipán (Lambayeque, Perú)
xiomarcabreraca@uss.edu.pe
<https://orcid.org/0000-0002-4783-0277>



Cómo citar este trabajo

Serrano Hernández, B. A., Loayza Berrocal, Z. L., Higinio Casas, J. J. y Cabrera Cabrera, X. (2024). Los contratos de compraventa celebrados por el falso procurador, ¿ineficaces o nulos? *Chornancap Revista Jurídica*, 2(1), 31-42.
<https://doi.org/10.61542/rjch.71>

RESUMEN

La investigación precisa determinar, si se viene realizando una correcta interpretación del artículo 161 del Código Civil, respecto de la responsabilidad que surge en aquellos actos de compraventa realizados por un falso procurador, ya que actualmente se vienen evidenciando múltiples casos mediante los cuales, personas sin escrúpulos se valen de un poder de representación que no ostentan para estafar y perjudicar a personas

de buena fe que adquieren propiedades a título oneroso, con el único fin de enriquecerse a las expensas de los demás, en el Perú existen casos con falsa representación donde las personas son despojados de su propiedad al querer hacer una realidad su sueño de ser propietarios de una casa. Para este trabajo se analizaron variables conceptuales relacionadas a la representación y al falso procurador, valiéndonos de doctrina y jurisprudencia para un mejor entender de los criterios utilizados en nuestro país para la solución de este conflicto. Se planteó como objetivo, determinar criterios doctrinales y jurisprudenciales de interpretación respecto del artículo 161 del Código Civil, que coadyuve a confrontar la venta ilegal de propiedades inmuebles por parte de falsos procuradores. Por ello, se analiza el ordenamiento jurídico peruano si la normativa relacionada al tema, en la actualidad tiene una relevancia jurídica sobre la representativa del falso representante celebrado mediante un contrato en nombre del falso representado, pueda ser ineficaz y nulo que atribuye la responsabilidad al representado. La investigación es cualitativa, considerándose la revisión de revistas indexadas, diarios, tesis de pregrado y posgrado, libros, entre otros.

Palabras clave: Nulidad, Ineficacia, Falso Procurador, Legitimación, Compraventa.

ABSTRACT

The investigation needs to determine if a correct interpretation of article 161 of the Civil Code is being carried out, regarding the responsibility that arises in those acts of sale carried out by a false attorney, since currently multiple cases are being evidenced through which, people without scruples use a power of representation that they do not hold to defraud and harm people in good faith who acquire properties for consideration, with the sole purpose of enriching themselves at the expense of others, in Peru there are cases of false representation where People are stripped of their property when they want to make their dream of owning a home a reality. For this work, conceptual variables related to representation and the false attorney were analyzed, using doctrine and jurisprudence to better understand the criteria used in our country to resolve this conflict. The objective was to determine doctrinal and jurisprudential criteria for interpretation regarding article 161 of the Civil Code, which helps confront the illegal sale of real estate properties by false attorneys. For this reason, the Peruvian legal system is analyzed if the regulations related to the subject, currently having legal relevance on the representation of the false representative entered into through a contract in the name of the false representative, may be ineffective and void, which attributes responsibility to the represented party. The research is qualitative, considering the review of indexed magazines, newspapers, undergraduate and graduate theses, books, among others.

Keywords: Nullity, Invalidity, Unauthorized agent, Standing, Sale and purchase agreement.

Introducción

La actualidad de Perú viene exhibiendo múltiples casos en los que se usa la figura de la representación como medio para la realización de actos que van en contra de la ley y de las buenas costumbres. El más claro ejemplo de esta situación es la generada por el *falsus procurator* o falso procurador, quien, atribuyéndose un poder que no ostenta aparenta tener facultades de representación para celebrar contratos de compraventa en perjuicio de su falso representado y beneficio suyo o de un tercero, sin embargo, por más que se intenta encontrar la solución para

salvaguardar el derecho de propiedad del falso representado, no contamos con el respaldo ni de la doctrina ni de la jurisprudencia ya que es una problemática poco tratada por nuestra legislación.

La figura del falso procurador es regulada en el artículo 161 del Código Civil peruano, el mismo que sanciona con ineficacia aquellos actos jurídicos celebrados por carencia de facultades, no obstante, el problema se suscita en el momento en el que por más que exista una sanción de ineficacia el falso representado ve vulnerado su derecho de propiedad, un derecho que es constitucionalmente protegido por el estado a tenor de lo dispuesto en el artículo 70 de la Constitución Política del Perú.

Este dilema genera controversia al momento de querer conseguir un criterio jurisprudencial uniforme, pues se le dan diversas interpretaciones que conllevan a sentencias disímiles que en esencia terminan trasgrediendo derechos fundamentales como lo es el de la propiedad (Celis Toribio & Común Quilca, 2022).

Dicho esto, con la presente investigación se busca determinar si los contratos y en especial los de compraventa celebrados por un falso procurador deben ser sancionados con ineficacia o con nulidad, de cara a brindar una mayor seguridad jurídica de aquellos propietarios víctimas de un acto realizado de mala fe por un falso procurador.

Metodología

Para esta investigación se ha aplicado el tipo descriptiva-explicativa, empleando un método observacional, ya que se ha efectuado el análisis dogmático de documentos en base a la normativa de nuestro ordenamiento jurídico. Además, se ha utilizado un diseño no experimental, con una orientación cualitativa, pues la problemática de esta investigación es analizada sin alterar su esencia con la finalidad de entender o estudiar sus efectos. (Sánchez Carlessi et al., 2018)

Se ha utilizado entonces una línea descriptiva y analítica, pues se estudiará profundamente la problemática en búsqueda de una solución jurídica, siendo además propositiva ya que la investigación conlleva a una finalidad que es la de obtener conclusiones de interés nacional. Finalmente, al tratarse de una investigación netamente teórica, se ha considerado como base a la doctrina nacional, así como libros y revistas de naturaleza jurídica de los principales exponentes del derecho nacionales e internacionales, además de tomar como referencia obligatoria a nuestro Código Civil peruano, puesto que es la norma en la que se encuentra regulado el artículo cuyo análisis se efectúa.

Revisión de literatura

La representación falsa significa que una persona designa a un representante falso, que establece: “una persona que dice ser representante cita indebidamente el nombre de la persona a la que pretende representar” incluso si el falso procurador actúa fingiendo ser autoridad que en realidad no posee o haciendo que un tercero crea que es un agente de cuando en realidad no lo es. (Diez- Picazo, 1979)

Bianca (2007) refiere que como parte de la falsa representación se encuentran los elementos de: “*contemplatio domini*” que se considera “la indicación del nombre del representado (...) es por ello, un requisito de calificación del acto, así como de representación, no es suficiente la sola existencia del poder de representación, para hacer presumir que el acto haya sido realizado por el representante en esa calidad”. Por ello, el falso representado tendría la restitución por medio de la figura del enriquecimiento sin causa.

Otros como Von Tuhr (2007, p. 55) refiere que “generalmente los poderes se otorgan a la sombra de una relación jurídica que obliga al representante a desplegar una actividad en interés del representado o en interés común de ambos”, por lo que se puede decir que, el falso representado nunca escogió al falso representante y en muchos casos su identidad le es ajena.

En esa misma línea, Torres (2021) alimenta la definición anterior añadiendo que, por falsa representación, se entiende a la ejecución de uno o más actos jurídicos no solo por cuenta sino también en interés del representado. Ellos son conocido por “actuar en nombre de otro” tal como lo define Larenz (1978), el manifestante quiere suscribir el acto jurídico para otro y no para sí mismo.

Dicho esto, el artículo 161° del Código Civil (1984), regula la representación sin poder de la siguiente manera: “El acto jurídico celebrado por el representante excediendo los límites de las facultades que se le hubiese conferido, o violándolas, es ineficaz con relación al representado, sin perjuicio de las responsabilidades que resulten frente a este y a terceros”.

Por otro lado, Celis Toribio & Común Quilca (2022) manifiestan que la representación sin poder se desarrolla como falso procurador o representante aparente que, es aquel se atribuye como representante que nunca fue otorgado, desvirtuado el acto jurídico con terceros, indicando que era su representante sin autorización del supuesto representante. Continúa planteando que la representación sin poder, actualmente se desarrolla en la violación del contenido de la representación que se entiende como una forma de degeneración representacional que resulta de una tergiversación del contenido del poder representativo, por lo que, en este contexto, el representante viola la autoridad otorgada por el representado y realiza una acción más allá del alcance permitido

En esa línea, Espinoza Espinoza (2012) indica que en si existe una complicidad entre el falso representado y el falso representante con la finalidad de engañar o perjudicar a un tercero, entonces se incurrirá en una responsabilidad denominada aquiliana.

Ahora, en relación a los contratos celebrados por un falso procurador, Priori Posada (2019) señala que la responsabilidad del *falsus procurator* se ubica en la esfera extracontractual, añadiendo que el falso procurado no trasgrede ninguna obligación que originaria de un contrato, sino que se trata de una “obligación” que nace con anterioridad al contrato propiamente dicho. Por su parte, Galgano (1992) nos dice que no es suficiente que el falso representante haya intervenido por cuenta de un tercero, ni tampoco que el otro contratante conociera que no contrataba en interés propio, sino en interés de un tercero; sino que resulta imprescindible que el contrato se perfeccione en nombre del supuesto representado.

Entonces, sobre los contratos celebrados con un notable conflicto de intereses, Roppo (2009) precisa que estos pueden ser anulados ya que el representante debe actuar siempre por cuenta y en interés del representado.

De cualquier forma, la jurisprudencia peruana no es uniforme respecto de los casos de falsa representación, pues establece que los actos realizados mediante falsa representación pueden calificarse como nulos. Es decir, si el falso representante no puede aprovecharlo y no afecta el alcance de su patrimonio jurídico. O es inválido si falta una parte importante del negocio jurídico. Es decir, cuando no existe una declaración de intenciones o cuando los objetivos perseguidos por las partes violan normas imperativas de orden público. (Buendía De Los Santos, 2020)

Por otro lado, el fin de un acto jurídico es lograr cierto resultado jurídico, mediante la creación, regulación, extinción o modificación de una relación jurídica. (Taboada Córdova, 2002)

Al respecto Soria (2015) manifiesta que radicará justamente la producción de ciertos efectos la determinación de eficacia o ineficacia de un acto jurídico. Dicho esto, tenemos entonces que el objetivo de nuestra legislación es lograr la eficacia de los actos jurídicos, ya que es justamente lo que se busca con el acuerdo de voluntades entre particulares sujetos de derecho. No obstante, lo mencionado, surgen muchos casos en donde los negocios jurídicos se tornan ineficaces, ya que no logran producir los efectos deseados. A la categoría que enfoca los supuestos en los que los contratos se tornan ineficaces no producir efectos nunca o porque estos desaparecen posteriormente, se nombra ineficacia. Por tal sentido, la ineficacia ya sea inicial o sobreviniente, surge a raíz del incumplimiento de un requisito legal, ya sea en el instante en el que se celebra el contrato o posterior a él Taboada Córdova (2002). Dicho esto, existen dos clases de ineficacia la ineficacia originaria o estructural y la ineficacia sobreviniente o funcional.

Luego, tenemos a la nulidad del acto jurídico, la misma que se encuentra ligada a la ineficacia estructural del acto jurídico el mismo que es definido por Taboada Córdova (2002) como aquel acto que carece de algún presupuesto legal o aquel que se torna ilícito por ir contra el ordenamiento jurídico.

Ahora, entendiendo la conceptualización de las variables, se tiene que la ineficacia que se regula en el artículo 161 del Código Civil (1984), para los casos del falso procurador resulta confuso, y su aplicación es insuficiente para suprimir las consecuencias negativas que se llegan a presenciar en el patrimonio del propietario legítimo, por lo tanto este tipo de actos pese a haber sido celebrado con un poder falsificado debe devenir en nulo, pues es la nulidad la única solución que puede eliminar estructuralmente que este acto viciado, incluso evitar la comisión de un delito.

Agregando, la nulidad de un acto jurídico se plasma en la medida en que se carece de un requisito esencial y estructural del acto propiamente dicho, uno de los requisitos es justamente el acuerdo de voluntades y esta a su vez radica en que ambas partes manifiestan su voluntad de crear una relación jurídica, por lo tanto el análisis se torna más allá de que las partes muestren una voluntad de celebrar un contrato, es decir, que en análisis gira en torno al hecho de que ambas partes este legitimadas para realizar el acto jurídico y si una de ella no está legitimada, como es el caso del falso procurador entonces el contrato no produce efecto alguno, este es un claro ejemplo de nulidad de acto jurídico por falta de manifestación de voluntad.

Además, en esa misma línea de la nulidad de acto jurídico, se presenta la ilicitud del mismo, pues quien celebra un contrato valiéndose de un poder inexistente lo hace evidentemente con el ánimo de beneficiarse y a su vez de perjudicar a terceras personas, sobre todo al verdadero propietario quien es despojado de su propiedad, por ello, en este caso también nos encontramos ante una nulidad por fin ilícito.

El análisis no culmina ahí, sino que también es necesario precisar que otra causal por el que el contrato de compraventa celebrado por falso procurador ostenta un defecto de estructura es debido a la mala fe que se presenta entre sus contrayentes, ya sea ¿por el falso procurador, o por el adquirente, quien si bien puede actuar de buena fe, existe un punto en el que se le exige un mínimo de diligencia de cara a celebrar contratos, como por ejemplo averiguar si la persona con la que contrata es propietario o no del bien que va a vender o si ostenta una facultad para hacerlo.

Dicho esto, algunos autores manifiestan sus teorías sobre la nulidad de acto jurídico celebrada por falso procurador, por ejemplo, Scognamiglio (1996), precisa que el acto sería inválido, pues es celebrado por un sujeto al cual no se le ha conferido poder alguno. Teoría que es avalada por Betti (2018), quien refiere que nadie puede disponer de un bien ajeno sin tener un poder vigente. Ambos autores infieren que celebrar un contrato de compraventa y, por ende, disponer de

bienes ajenos sin tener un poder de representación no sólo es ilícito, sino que no cuenta con la manifestación de voluntad de uno de los agentes.

También Gordillo Cañas (1977) en su tesis examina la representación aparente a través del principio de protección de la apariencia, cuestionando la representación abstracta. Analiza los requisitos para la eficacia de la representación aparente y demuestra la existencia y condiciones de aplicación del principio de protección de la apariencia.

Otros como, Rivero Hernández (2006) analiza el fracaso del contrato del *falsus procurator* por la no ratificación del *dominus*, señalando que pueden surgir perjuicios para el co-contratante que deben ser resarcidos. Califica esta responsabilidad como precontractual y autónoma, similar a la culpa del artículo 1902 del Código Civil (1984), debido a la actuación irregular del supuesto representante. La reparación puede ser in natura, si la prestación es fungible, o mediante indemnización, generalmente basada en el interés negativo y, en casos de responsabilidad agravada, en el interés positivo.

Pese a lo mencionado existen autores como Torres (2012), quien opta por la teoría de la ineficacia del acto jurídico, pues manifiesta que el acto celebrado por falso procurador es anulable y no nulo, ya se celebra de manera válida pero no produce sus efectos para el falso representado. Esta teoría es respaldada por Galgano (1992) quien señala que este contrato sería ineficaz ya que no produce efectos sobre el *dominus* y que se trata de un defecto relacionado a la legitimación del acto.

También Buendía De Los Santos (2020), el único recurso disponible para el falso representado sería la restitución a través de la figura del enriquecimiento sin causa. Esto se debe a que el falso representante y el tercero contratante se han puesto de acuerdo para enriquecerse a expensas del falso representado, cuyo patrimonio se ha visto disminuido como resultado de sus acciones.

Otros como Santillán Santa Cruz (2021), refiere que, entre los casos de ineficacia funcional, se encuentra el *falsus procurator*, que se ubica dentro de la categoría de ausencia de legitimación representativa. Plantea que pueden surgir inconvenientes prácticos al intentar atenuar las consecuencias de las acciones de quién actúa como representante sin estar legitimado. Analiza los artículos 161 y 162 del Código Civil, que tratan la ausencia de legitimación representativa, desarrollando sus supuestos, efectos y medidas adecuadas.

Troncoso y Reigada (2022), abordan las relaciones entre el tercero y el supuesto representado en el régimen general, destacando la falta de consenso. Se examinan las reglas comunes aplicables en el derecho francés y las reglas específicas de los artículos 1843 del Código

Civil y L. 210-6 al. 2 del Código de Comercio. Desde una perspectiva de derecho comparado, se plantea que el supuesto representado no tiene obligación frente al tercero, salvo en casos de mandato aparente. Además, se consideran las acciones que el tercero puede emprender contra el supuesto representante y el mecanismo mediante el cual el supuesto representado puede validar los actos del supuesto representante.

En la jurisprudencia relacionada a este tema, la Corte Suprema de Justicia de la República (2012) precisa en la Casación N.º 598-2011-Lima, que el demandado ha trasferido el bien sin su consentimiento al codemandado, el cual se trata de un contrato nulo por falta de manifestación de voluntad de la recurrente. Por lo que, la primera instancia, declara infundada la demanda al considerar la existencia de un supuesto de ineficacia y no de nulidad del acto jurídico. En tal sentido, podemos colegir que si bien al parecer se estaría ante un supuesto de falsa representación (Art. 161º del Código Civil) (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2020); se encontraron aspectos que no podrían plantear la falsa representación anómala, es así que la Corte Superior no resulta atendible, toda vez que la nulidad del acto jurídico no significa que tenga que restituirse la posesión del bien.

En igual sentido, la Corte Suprema de Justicia de la República (2013) en la Casación N.º 2048-2013-Lima, se falsificó un poder de representación por escritura pública, que la demandante nunca firmó que, constituyó hipoteca sobre el bien, inscrita en los registros públicos. Al dictarse sentencia en primera instancia, se declara fundada la demanda, declarando ineficaz el acto jurídico de hipoteca. Del estudio se precisa que, si bien no se está ante un caso de compraventa de bienes, se puede aseverar que la figura de la falsa representación está presente, al encontrarse frente a una garantía hipotecaria.

También la Casación N.º 886-2015, cuyo caso involucra la venta de un bien inmueble por parte de un agente que carece de facultades para hacerlo. Siendo que para este caso se aplicó la teoría de la nulidad del acto jurídico respaldándose en el artículo 140 del Código Civil por considerarse que existe una falta de manifestación de voluntad por parte del agente (propietario legítimo).

Por último, la Casación N.º 3730-2016- La Libertad, que declara improcedente la demanda de nulidad de acto jurídico en el contrato de compraventa. En segunda instancia, se confirma la sentencia de primera, y la sala agrega que, en el presente caso, estamos frente a la figura del falso representante, por lo tanto, el acto es ineficaz y no nulo, demostrándose falta de legitimidad para contratar.

Al analizar nuestro ordenamiento jurídico podemos advertir que la solución para erradicar la vulneración de derechos en aquellos actos de compraventa celebrados por falso procurador es la declaración de nulidad de acto jurídico. En palabras de Roppo (2009), la utilidad de la ineficacia depende de que no se haya efectuado la transferencia del bien inmueble, ya que si este ha sido transferido entonces lo más conveniente es la declaración de nulidad.

En esa misma línea, si tenemos un contrato de compraventa celebrado por un falso procurador que se haya inscrito en Registros Públicos, entonces no servirá de nada su declaración de ineficacia ya que ello no logrará que se cancele y se declare nulo el asiento registral en donde se haya inscrito dicho acto jurídico, y eso es regulado por el artículo 107 del Reglamento de los Registros Públicos (Superintendencia Nacional de los Registros Públicos, 2012), en donde se estipula que cualquiera que tenga interés puede requerir la cancelación de un asiento registral por nulidad o anulabilidad siempre que esta sea declarada judicialmente.

Asimismo, un contrato de compraventa celebrado por un falso procurador es un contrato nulo, si interpretamos que no existe una manifestación de voluntad por parte de quien realmente es propietario del bien inmueble a tenor de lo estipulado en el artículo 219 inc. 1 de nuestro Código Civil peruano. Al respecto, Rivero Hernández (2003), comenta que la verdadera parte de un contrato de compraventa es el propietario real del bien inmueble, por lo tanto, un acto jurídico celebrado por quien no sea propietario o por quien no cuente con un poder de representación es un acto definitivamente nulo y esto no requerirá ser impugnado por el falso representado ya que la nulidad se efectúa de automáticamente ipso iure.

Complementando lo anteriormente mencionado, el contrato de compraventa celebrado por un falso procurador también debe ser declarado nulo según lo regulado por el artículo 219 inc. 4 del Código Civil peruano, por tratarse de un acto cuya finalidad es ilícita, pues el falso procurado, a sabiendas de que no ostenta poder alguno, celebra actos jurídicos en nombre de una tercera persona con el ánimo de perjudicarla. Además, Vidal (2013) refiere que imputarse una representación que no se ostenta tiene una connotación ilícita, por tanto, deviene en nula.

Asimismo, se ha determinado que, al existir una mala fe por parte de quien adquiere una propiedad sabiendo que el vendedor no es el propietario y que además no cuenta con ningún poder para hacerlo, este debe devenir en nulo. Varsi Rospigliosi & Torres Maldonado (2016) si se demuestra la mala fe de quien adquiere un bien entonces el acto es nulo.

Conclusiones

El Código Civil peruano establece tres formas en las que un sujeto puede celebrar un acto jurídico en nombre de un tercero sin estar autorizado para ello. La primera responde a una

extralimitación de las facultades conferidas. La segunda responde a una vulneración de dichas facultades. Y la tercera corresponde al acogimiento de una representación prohibida, estableciéndose que para cualquiera de estas formas, la consecuencia es la declaración de ineficacia del acto jurídico, pero lo que se debe tener presente es que es en el tercer supuesto en donde se plasma la figura del falso representante, pues en el primer supuesto si hay una representación, extralimitada, pero representación al fin y al cabo, mientras que en el segundo supuesto hay una representación aunque fenecida, que puede calzar dentro de la figura del falso procurador sin embargo ello amerita un análisis aparte. Bajo este análisis se puede concluir que para los primeros supuestos es aplicable la anulabilidad, sin embargo, el último supuesto amerita una sanción mucho más rigurosa por ser un acto que involucra incluso a la mala fe de los contrayentes, por lo que el remedio para este caso debe ser la nulidad de acto jurídico

Asimismo, se considera a la nulidad como la sanción idónea para los actos de compraventa de bienes inmuebles celebrados por el falso procurador, ya que a nivel registral es la única forma que se encuentra para cancelar un asiento registral del acto jurídico celebrado y que deviene en nulo ya sea por la falta de manifestación de voluntad de quien realmente es propietario y por qué se advierte una finalidad ilícita por parte de quien celebra el acto sabiendo que no ostenta un poder de representación para hacerlo, o porque quien adquiere el bien conoce o está en aptitud de conocer que quien vende el bien inmueble no es el propietario o no cuenta con las facultades de representación para celebrarlo.

Finalmente, el derecho de propiedad, es un derecho constitucionalmente protegido, por lo que toda norma debe estar dirigida a darle la mayor protección posible a los verdaderos propietarios frente a personas inescrupulosas que actúan de mala fe, por tanto la única manera de lograr que este tipo de comportamiento se vea realmente sancionado es aplicar la nulidad ya que la ineficacia no repercute sus efectos en todas las esferas posibles de cara a salvaguardar los derechos de aquel titular legítimo que no participa ni tiene conocimiento de la enajenación de sus bienes.

Referencias

- Betti, E. (2018). *Teoría General del negocio jurídico*. Ediciones Jurídicas Olejnik.
- Bianca, M. (2007). *Derecho Civil III, el Contrato*. Volumen III. Universidad Externado de Colombia.
- Buendía De Los Santos, E. (2020). El resarcimiento sancionador: A.K.A. “Daño punitivo”. Precisiones sobre un concepto foráneo. *Gaceta Civil & Procesal Civil*, (85), 145–186.
<https://works.bepress.com/eduardo-buenda/19/>

- Celis Toribio, G. & Comun Quilca, M. (2022). *La representación directa sin poder y la interpretación de los actos jurídicos en el código civil peruano*. [Tesis para obtener el título de abogada, Universidad Peruana de los Andes]. https://repositorio.upla.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12848/5513/T037_72313294_48382481_T.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Corte Suprema de Justicia de la República del Perú. (2015). Casación N.º 886-2015- Nulidad de Acto Jurídico. Lima, 28 de diciembre [Huamaní Llamas, Jueza Suprema]. https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2018/02/Acto-jur%C3%ADdico-nulo-por-encontrarse-fuera-de-vigencia-el-poder-otorgado-Casaci%C3%B3n-886-2015-Lima-Legis.pe_.pdf
- Corte Suprema de Justicia de la República del Perú. (2016). Casación N.º 3730-2016. La Libertad, 1 de julio. <https://www.eje.pe/wps/wcm/connect/87f946004e7fc84585a2f72670ef9145/OF-3730-2016-S-SPPCS.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=87f946004e7fc84585a2f72670ef9145>
- Corte Suprema de Justicia de la República. (2012). Casación N.º 598- Nulidad de Acto Jurídico. Lima, 16 de enero. <https://www.studocu.com/pe/document/universidad-tecnologica-del-peru/instituciones-del-derecho-civil/casacion-598-2011-nulidad-de-aj/29689980>
- Corte Suprema de Justicia de la República. (2013). Casación N.º 2048-2013. Ineficacia de Acto Jurídico. Lima, 03 de junio. https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2018/09/Casacion-2048-2013-Lima-legis.pe_.pdf
- Diez- Picazo, L. (1979). *La representación en el Derecho privado*. Editorú: Cívitas.
- Espinoza Espinoza, J. (2012). *El acto jurídico negocial, análisis doctrinario legislativo y jurisprudencial*. Volumen III. Editorial Rodhas.
- Galgano, F. (1992). *El Negocio Jurídico*. Tirant lo Blanch.
- Gordillo Cañas, A. (1977). *La representación aparente una aplicación singular del principio general de protección de la apariencia*. [Tesis para optar el grado de doctor, Universidad de Sevilla]. <https://idus.us.es/handle/11441/23977>
- Larenz, K. (1978). *Derecho Civil: Parte General*. (Miguel Izquierdo Trad.) Editoriales de Derecho Reunidas. (original publicado en 1978).
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. (2020). Decreto Supremo 004-2020-JUS. Diario El Peruano. <https://busquedas.elperuano.pe/dispositivo/NL/1865717-3>
- Priori Posada, G. (2019). *El proceso y la tutela de los derechos*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Rivero Hernández, F. (2003). *Representación sin poder y ratificación*. Civitas.
- Rivero Hernández, F. (2006). Responsabilidad del “*falsus procurator*” por no ratificación del contrato celebrado sin poder. *Anuario de derecho civil*, 59(3), 989-1064. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2246570>

- Roppo, V. (2009). *El Contrato*. Gaceta Jurídica.
- Sánchez Carlessi, H., Reyes Romero, C., & Mejía Sáenz, K. (2018). *Manual de términos en investigación científica, tecnológica y humanística*. Universidad Ricardo Palma.
- Santillán Santa Cruz, R. (2021). Ausencia de legitimación representativa y el emblemático caso del falsus procurator. *Gaceta civil & procesal civil*. 94 (2021), 125-134. <https://zaguan.unizar.es/record/132223?ln=es>
- Scognamiglio, R. (1996). *Teoría general del contrato*. Universidad externada de Colombia.
- Soria, A. (2015). *La ineficacia del negocio jurídico*. Forseti.
- Superintendencia Nacional de los Registros Públicos. (2012). Reglamento de Registros Públicos N.º 126-2012. Perú, 18 de mayo. <https://scr.sunarp.gob.pe/dtr/reglamento/resolucion-no-126-2012-sunarp-sn/>
- Taboada Córdova, L. (2002). *Acto jurídico, negocio jurídico y contrato*. Editora jurídica Grijley.
- Torres, A. (2012). *Acto jurídico*. IDEMSA.
- Torres, A. (2021). *Acto Jurídico*. Tomo I. Jurista Editores EIRL.
- Troncoso y Reigada, M. (2022). Similitudes y diferencias entre el régimen general del "falsus procurator" en Derecho francés y el régimen de los artículos 1843/ "Code civil y L. 210-6 al". 2 "Code de commerce". La visión de un jurista extranjero. *Anuario de derecho civil*. 75 (2), 475-500. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8594513>
- Varsi Rospigliosi, E., & Torres Maldonado, M. (2016). La disposición de los bienes sociales por un solo cónyuge. El lado oscuro del artículo 315 del Código Civil. *Gaceta Civil & Procesal Civil*. (31) <https://works.bepress.com/marcoandreitorresmaldonado/26/>
- Vidal, F. (2013). *El acto jurídico*. Gaceta jurídica.
- Von Tuhr, A. (2007). *Tratado de las Obligaciones*. (Wenceslao Roces Trad.) Editorial Comares.

Financiación

El presente artículo no cuenta con financiación específica de agencias de financiamiento en los sectores público o privado para su desarrollo y/o publicación.

Conflicto de interés

Los autores del artículo declaran no tener ningún conflicto de intereses en su realización.

© Los autores. Este artículo en acceso abierto es publicado por Chornancap Revista Jurídica del Ilustre Colegio de Abogados de Lambayeque bajo los términos de la Licencia Internacional Creative Commons Attribution 4.0 (CC BY 4.0), que permite copiar y distribuir en cualquier material o formato, asimismo mezclar o transformar para cualquier fin, siempre y cuando sea reconocida la autoría de la creación original, debiéndose mencionar de manera visible y expresa al autor o autores y a la revista.

La necesidad normativa del hijo alimentista y su deliberación judicial en paternidad extramatrimonial

The normative need of the child entitled to maintenance and its judicial deliberation in cases of extramarital paternity

María Eugenia Zevallos Loyaga*,¹

Universidad César Vallejo (Trujillo, Perú)

mzevallos@ucv.edu.pe

<https://orcid.org/0000-0002-2083-3718>

Giuliana Katherine Tirado García²

Universidad César Vallejo (Trujillo, Perú)

gtirado@ucv.edu.pe

<https://orcid.org/0000-0002-5186-0065>

Recibido: 29/04/2024

Aprobado: 26/06/2024

Publicación online: 05/07/2024

*Autor correspondiente

¹Doctora en Derecho.

²Maestra en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.



Cómo citar este trabajo

Zevallos Loyaga, M. E. y Tirado García, G. K. (2024). La necesidad normativa del hijo alimentista y su deliberación judicial en paternidad extramatrimonial. *Chornancap Revista Jurídica*, 2(1), 43-52. <https://doi.org/10.61542/rjch.76>

RESUMEN

Este trabajo de investigación tiene como objetivo determinar cómo la regulación del hijo alimentista influye en el proceso de filiación extramatrimonial. La pregunta planteada es: ¿de qué manera la regulación del hijo alimentista influye en el proceso de filiación extramatrimonial? La hipótesis sugiere que no es necesario recurrir al hijo alimentista cuando se puede iniciar un proceso de filiación extramatrimonial, lo que permitiría al menor acceder a mejores derechos. Para abordar esta cuestión, se empleó una metodología cualitativa que incluyó la revisión exhaustiva de normas legales, doctrinas y trabajos de tesis relacionados con el tema. Los resultados principales indican que la actual vigencia del hijo alimentista es inapropiada, ya que el proceso de filiación extramatrimonial es más adecuado y proporciona una mejor protección de los derechos del menor. Se concluye que la normativa del hijo alimentista está desfasada, dado que se basa en una figura antigua que presume la paternidad y que hoy en día puede ser fácilmente refutada mediante una prueba de ADN. La investigación sugiere la necesidad de actualizar la legislación para reflejar un enfoque más moderno y eficaz en la protección de los derechos de los menores en casos de filiación extramatrimonial.

Palabras clave: Responsabilidad parental, Filiación, Derechos del niño, Pruebas de ADN, Legislación.

ABSTRACT

This research aims to determine how the regulation of child support influences the process of extramarital filiation. The research question posed is: how does the regulation of child support influence the process of extramarital filiation? The hypothesis suggests that it is unnecessary to resort to child support when an extramarital filiation process can be initiated, allowing the child to access better rights. To address this issue, a qualitative methodology was employed, including an exhaustive review of legal norms, doctrines, and thesis works related to the topic. The main findings indicate that the current validity of child support regulation is inappropriate, as the extramarital filiation process is more adequate and provides better protection of the child's rights. It is concluded that the child support regulation is outdated, as it is based on an old figure that presumes paternity, which can nowadays be easily refuted through a DNA test. In summary, the study suggests the need to update the legislation to reflect a more modern and effective approach in protecting the rights of children in extramarital filiation cases.

Keywords: Parental responsibility, Filiation, Child rights, DNA testing, Legislation.

Introducción

La regla que pauta al hijo alimentista ha perdido vigencia. Actualmente, las madres solteras están forzadas a iniciar un proceso de alimentos para sus hijos. Provisionalmente, desde la gestación hasta el nacimiento, el juez establecerá una pensión alimenticia que será ratificada una vez se obtenga el examen de ADN positivo, con miramientos al principio del interés superior del menor (en adelante se entenderá PISM). (Tinizaray Jaramillo, 2018)

En Colombia, la Ley 75 ya vislumbraba el examen genético en los procesos de filiación extramatrimonial (en adelante se entenderá PFE) desde 1968. Aquí, el juez, a solicitud de parte, disponía los análisis necesarios para reconocer los rasgos heredo-biológicos entre hijo y supuesto padre. Más adelante, la Ley 721 de 2001, señala que el juez deberá ordenar la aplicación de un examen biológico en cada proceso de filiación, y cuyo índice deberá ser igual o superior al 99.9%. (Abadía Ordóñez et al., 2019). En España, en lo referente a los exámenes biológicos en la esfera de los PFE, es clave remitirse y analizar el contenido del art. 767.4 de la LEC, del que se infiere que el acatamiento de esta clase de medidas solamente puede ser estimado como una carga procesal; en consecuencia, no puede procederse a su imposición coactiva, en contraste de lo que pasa en un proceso penal. (Álvarez Buján, 2018)

Ahora bien, a nivel nacional; la suposición de paternidad se localiza en el art. 415 del Código Civil (en adelante se entenderá CC) de 1984. Con la promulgación de la Ley N.º 27048 en 1999, se modifica el art. 402 sobre los presupuestos para demandar la filiación extramatrimonial y se adiciona un apartado alusivo a las pruebas del ADN u otros análogos de semejante o mayor nivel de exactitud para demostrar el vínculo parental. (González Ojeda, 2004)

Posteriormente, mediante la Ley N.° 28457, se instaura el llamado PFE. En ella, se establece que la solicitud de filiación deberá ser desplegada ante el juzgado de paz letrado, el cual emitirá resolución declarando paternidad. Concediéndole al emplazado un periodo no mayor a diez días para contradecir la declaratoria de paternidad extramatrimonial mediante la obtención de un examen de ADN. (Talavera Quispe, 2018)

Hoy por hoy, el problema central que se presenta en los PFE no es, como en tiempos pasados sucedía, la imposibilidad de probar la existencia o no del vínculo biológico de filiación controvertido, que derivaba en una presunción de paternidad (base del hijo alimentista), dado que ahora es posible demostrarlo, con un nimio porcentaje de error, mediante el examen de ADN.

En dicha línea, el profesor Tinizaray Jaramillo (2018) precisa que sucedería cuando el demandado resulta no ser responsable; es decir cuando la prueba de ADN negativa suprime la imposición del pago de alimentos, pero no establece indemnización al demandado que pasó a ser perjudicado con una acusación engañosa. Reafirmando de tal manera la importancia de la práctica del análisis de ADN en los PFE, pues es una de las primeras actuaciones que debe ejecutar el demandado por alimentos que duda sobre su paternidad, con el fin de declarar infundado dicho proceso instaurado en su contra. De esta forma, evitará que, en un futuro, llegue a ser denunciado por el tipo penal de omisión a la asistencia familiar.

1. La idoneidad de la prueba genética

Atendiendo al profesor Abadía Ordóñez et al. (2019), busca deliberar la conveniencia del examen genético, indicando que la prueba de ADN transformará drásticamente el Derecho de familia, pues se conocerá con exactitud la verdad biológica. Las últimas décadas, la evolución científica ha innovado el mundo jurídico de manera exponencial. Un ejemplo evidente es el descubrimiento de la prueba de identificación por huella genética (ADN) y su pertinencia en los procesos de filiación extramatrimoniales, pues permite establecer, con una certitud prácticamente total, el vínculo biológico.

En esa línea, Correa Rubio & Sánchez Rodríguez (2021) con el fin de determinar la legislación que protege el derecho a la oposición de paternidad precisa que la prueba de ADN genera certeza, pero su ausencia no impide llevar el proceso ni emitir el fallo. Una posición totalmente garantista de los derechos del niño, se altera la carga de la prueba; es decir, es el padre quien debe exponer la no paternidad sobre el menor. Ocurre lo opuesto en Colombia, en donde es el demandante quien tiene que comprobar que el demandado tiene la paternidad sobre el menor.

Aunada a la idea que antecedente, Ojeda & Alvarado (2018) afirman que el Estado al garantizar la prueba de ADN, enfocándose en los sectores más necesitados, extinguiría por

completo al hijo alimentista. Lo que revela la gran dificultad que acarrea el hijo alimentista, pues pone en evidencia los numerosos perjuicios de los que sufren los menores reconocidos bajo esta figura jurídica, por lo tanto, se liga a esta investigación al proponer exentar del pago del análisis de ADN en los PFE, de tal manera que su realización sea ineludible y de esa forma, suprimir el término de hijo alimentista del CC.

Aunque al afirmar que, generalmente la madre del menor alimentista se ofusca más en obtener una pensión alimenticia subestimando el ISM. Desmerece su dcho. a un nombre o identidad y, como consecuencia de ello, el menor no goza de todos los derechos que tienen legítimamente los hijos reconocidos. Por ello, “la relevancia del análisis biológico en los juicios de filiación extramatrimonial resulta importante y sobre todo se deriva del principio superior del niño como aspecto formal”. (Talavera Quispe, 2018, p.45)

Asimismo, se debe anotar sobre el trato diferenciado que existe entre el hijo alimentista y el hijo reconocido. El hijo conyugal, aparte de la filiación, se torna en beneficiario alimentista hasta el término los 18 años y de proseguir alguna profesión, se prolonga hasta los 28 años. En contraste, el hijo alimentista solo recibe alimentos hasta los 18 años. Por ello se debe derogar esta figura, dado que transgrede derechos esenciales del menor.

2. La naturaleza normativa del hijo alimentista

En este orden de ideas, es prudente referirse al hijo alimentista desde aspectos como: derechos, titularidad y destinatario de la acción a solicitar una pensión de alimentos. La acepción jurídica de hijo está definida por su categoría de hijo conyugal o extramatrimonial, declarado por voluntad o por resolución judicial; en contraste, el fundamento del hijo alimentista no recae en un reconocimiento de la paternidad, sino en la demostración del hecho reproductivo entre la madre y el presunto progenitor al tiempo de la concepción, de modo que solo concierne concederle una asignación alimentaria que le asegure el derecho a subsistir. (Vásquez Rodríguez, 2018)

El artículo 415 señala claramente que el hijo alimentista es el nacido fuera del vínculo matrimonial, no reconocido libremente y que tiene dicha condición, por no hallarse amparado en ninguno de los presupuestos del artículo 402. Por lo tanto, en su calificación de hijo alimentista, solo se le concede la facultad a pretender un haber alimentario hasta la mayoría de edad, y extraordinariamente, de forma perpetua siempre que sufra de alguna invalidez física o mental.

En ese marco, Talavera Quispe (2018) refiere que de acuerdo al artículo 417, el derecho que tiene el hijo alimentista para pretender una pensión de alimentos es particular; en otras palabras, no es transmisible a sus herederos. Empero, podrá ejercerlo a través de un intermediario legal

frente al supuesto padre o sus herederos. Estos, no obstante, no están obligados a consignar al alimentista más de lo que hubiese recibido como heredero declarado o reconocido.

De igual forma, un punto crucial de esta investigación está referido a las posturas en torno a la aplicación hijo alimentista que explicaremos a continuación. Desde la perspectiva de Choquehuanca Reyes & Jiménez Portocarrero (2021) la razón de esta figura se hallaba en la inflexibilidad del artículo 402, que restringía la posibilidad de filiación a muchos menores, pues su concepción no encajaba en ninguno de las conjeturas del articulado señalado, siendo estos acontecimientos a los que el legislador en forma de compensación dice “dando que no les doy filiación, por lo menos les doy alimentos”.

En palabras de Abadía et al. (2019), “el hijo alimentista, no es hijo”, en consecuencia, no poseerá mayor derecho que el de una asignación de alimentos que asegure su sustento hasta la mayoría de edad, por la cuestión notable de no ser hijo. En consecuencia, la resolución que obliga el abono de una pensión alimentaria al progenitor sospechoso, no confiere mayor relación legal, ni derechos familiares o sucesorios.

Para Vento (2021), la concepción del hijo alimentista procrea un estado de inferioridad al menor puesto que, aunque percibe una subvención de alimentos de su supuesto padre, no contrae ni disfruta de nuevos derechos substanciales tales como el dcho. a la identidad, filiación, régimen de visitas, aumento de alimentos, e inclusive los derechos sucesorios; mostrándose una manifiesta contravención al PISM.

Como señala Mejía (2021), con el reconocimiento normativo del análisis biológico para la verificación de la paternidad y con la perpetua obligación del juez de resolver considerando el PISM, no cree congruente la aplicación del hijo alimentista en la realidad práctica. Al contrario, considera que esta figura puede secundar para fomentar el no reconocimiento de los padres que no quieren tener mayor preocupación por sus hijos.

Asimismo, Ojeda & Alvarado (2018) señala que, aunque es indiscutible que la asignación de alimentos respalda la estabilidad material del hijo alimentista; no legitima su dcho. a la identidad genética, a existir con dignidad y en medio de un ambiente armónico. En ese sentido, a pesar de que se destaque por sus cualidades tuitivas, no integra un apoyo completo para los niños, niñas y adolescentes.

Además, Meza Katpo (2019) subraya que:

La ausencia de la prueba de ADN en la determinación de la filiación puede resultar en decisiones judiciales incorrectas, afectando gravemente la identidad y los derechos del menor involucrado. La impugnación de sentencias erróneas se convierte así en una

herramienta vital para corregir injusticias y asegurar que la filiación esté basada en pruebas científicas concluyentes. (p. 60)

En este contexto, Varela Guimaraes (2018) enfatiza que:

La prueba científica del ADN se ha consolidado como un medio determinante para establecer la verdad biológica y, por ende, la identidad del menor. La fiabilidad de este método supera ampliamente las pruebas tradicionales, asegurando así que el reconocimiento filial esté basado en evidencia irrefutable. (p. 45)

Este enfoque resalta la importancia de garantizar la identidad genética del menor, un aspecto esencial para su desarrollo integral y su derecho a una vida digna.

3. La determinación judicial en la filiación extramatrimonial

El proceso judicial de filiación extramatrimonial desde la siguiente perspectiva que refuerza los productos obtenidos, esto es su evolución normativa. El PFE ha evolucionado en busca de asegurar una efectiva tutela jurisdiccional. Inicialmente, de arreglo con el art. 475 del Código Procesal Civil, una petición de filiación extramatrimonial debía gestionarse en un proceso de conocimiento, vía procedimental apartada para juicios dificultosos y con limitaciones probatorias. (Alcántara Bolaños, 2019)

Con la publicación del Código Procesal Civil de 1993, se dejan de lado los análisis biológicos para probar la filiación extramatrimonial, no dándoles interés. Ello no ocurriría hasta 1999, que la Ley N.º 27048 modificó el art. 402 y agregó un apartado referido a los análisis biológicos u otros análogos de igual o mayor nivel de certeza para la determinación de los lazos biológicos.

Con la premura de contar con un proceso que guarde el PISM, se instituye el PFE a través de la Ley N.º 28457. Consecutivamente, esta norma fue reformada mediante la ley N.º 29821, en donde puntualizó que a la petición de reconocimiento de paternidad podría adicionarse de forma conexa, el pago de alimentos. (Montesdeoca, 2020)

Finalmente, es menester referirse a las posturas acerca de la practicidad del PFE que se explicará acto seguido. La ley N.º 28457 que codifica el PFE, reformada mediante Ley N.º 30628, dispone en uno de sus supuestos que, frente a la “no discrepancia del encausado en el término de 10 días”, el magistrado tiene la atribución de reconocer judicialmente la paternidad, tornando al hijo extramatrimonial no reconocido, en un hijo declarado a través de una resolución judicial firme.

En consecuencia, le correspondería la atribución de percibir alimentos, además de la totalidad de derechos derivados del vínculo filial. En ese sentido, según Malca (2020) resultaría

inútil acudir al hijo alimentista para pretender los derechos del menor, debido a que con el PFE se alcanzaría derechos superiores para el menor.

Empero, desde el enfoque de Ojeda & Alvarado (2018) en tanto el marco jurídico no despliegue un proceso garantista que escude el dcho. del menor para establecer su filiación, queda habilitado su dcho. para requerir alimentos en la categoría de hijo alimentista. Observando que esta solicitud se gestiona como un proceso sumario, en el que no es obligatorio garantizar la concurrencia de carga biológica entre el alimentista y el aparente progenitor. Por lo mencionado, el legislador, mediante Ley N.º 30628, dispuso que el examen biológico de ADN puede practicarse al presunto progenitor, madre u otros descendientes del demandado en caso se desconozca su domicilio; que el valor del análisis de ADN está a cargo de la parte demandada; dispuso la dispensa del pago de tasas judiciales, incluyó el allanamiento antes de la realización de la prueba biológica y estableció que la petición de filiación no impondrá más la firma del letrado. (García Laos, 2021)

Observación aparte merece la reprogramación de la obtención de muestras por adeudo del demandado. La ley señala que, si el encausado no cubrió el coste del análisis ADN en la audiencia única, se reprogramará la obtención de muestras en no más de 10 días subsiguientes. Si no efectuara la cancelación al término de dicha prórroga, el juez declarará la paternidad. Como lo señala Quispe Hilario (2021) esta última reforma se realiza con la intención de evitar aplazamientos excesivos en el juicio por carencia del importe del examen biológico.

Conclusiones

Con relación a determinar de qué manera la regulación del hijo alimentista influye en el PFE, se advierte que la normativa del hijo alimentista está desfasada en comparación con la regulación del PFE, en tanto que es una figura antigua, que tiene como fundamento una presunción de paternidad que en la actualidad es fácilmente despegable mediante una prueba de ADN. Es decir, la normativa del hijo alimentista no se acomoda a los avances tecnológicos y sociales y, sobre todo al PISM; por el contrario, el PFE permite establecer el vínculo filial lo que apertura el acceso a todos los derechos.

Por otro lado, al no acreditarse el vínculo filial, no se protege el derecho a la identidad biológica; en consecuencia, no permite conocer el apellido paterno. Además, no es acertado que la exigencia de prestar alimentos para el hijo alimentista derive de una presunción de paternidad puesto que no existe certeza alguna sobre la filiación. Por último, creemos que no es conveniente que el hijo alimentista todavía se encuentre vigente en el ordenamiento jurídico porque restringe el acceso a los derechos fundamentales del menor.

Finalmente, debe entenderse que el PFE, extingue al hijo alimentista, pero se garantiza el PISM y la efectiva tutela jurisdiccional del menor; es decir, prevalece sobre el hijo alimentista puesto que mediante la aplicación del análisis del ADN desplaza a dicha figura al acreditar con certeza el vínculo de parentesco; además, el magistrado tiene el deber de buscar el bienestar del menor y el ejercicio de sus derechos mediante la toma de decisiones judiciales, por ende, garantiza el PISM y la efectiva tutela jurisdiccional.

Referencias

- Abadía Ordóñez, D. F., López Garzón, M., & Torres Gómez, C. (2019). *La pertinencia de la prueba genética en el proceso de filiación en Colombia: Derecho comparado con Francia*. [Tesis para obtener el título de abogado, Universidad Cooperativa de Colombia]. <https://repository.ucc.edu.co/server/api/core/bitstreams/d83e7ddd-2f91-4d17-8247-b2a6860b016d/content>
- Alcántara Bolaños, L. M. (2019). *Vacios legales que imposibilitan la impugnación de la paternidad matrimonial ante la demostración de no paternidad por la prueba biológica de ADN en el Perú-2018*. [Tesis para optar el grado de magíster, Universidad Nacional José Faustino Sánchez Carrión]. https://repositorio.unjfsc.edu.pe/bitstream/handle/20.500.14067/7194/tesis_compressed%20%281%29.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Álvarez Buján, M. V. (2018). *Análisis crítico sobre la prueba de ADN: virtualidad científica y jurídica*. [Tesis de doctorado, Universidad de Vigo]. <https://www.investigacion.biblioteca.uvigo.es/xmlui/handle/11093/990>
- Choquehuanca Reyes, E. A., & Jiménez Portocarrero, I. R. (2021). *Derogación de la figura del hijo Alimentista frente a la vulneración de los derechos fundamentales en el Código Civil peruano*. [Tesis para optar el título profesional de Abogado, Universidad César Vallejo]. https://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12692/82733/Choquehuanca_REA-Jimenez_PIR-SD.PDF?sequence=1&isAllowed=y
- Correa Rubio, C. N., & Sánchez Rodríguez, P. S. (2021). *La Paternidad Evadida en Colombia. El derecho a la Filiación de los Menores Versus el Derecho a la Intimidad y la Autonomía de la Voluntad del Presunto Padre*. [Tesis para obtener el título de abogado, Universidad Cooperativa de Colombia]. <https://repository.ucc.edu.co/server/api/core/bitstreams/2e4b0005-63db-47ae-9ba7-8d9f79d20b67/content>
- García Laos, D. E. (2021). *El derecho constitucional a la identidad y la declaración judicial de paternidad extramatrimonial en la corte superior de Pasco durante los años 2016 -2017*. [Tesis para optar el grado de magíster, Universidad Nacional José Faustino Sánchez Carrión]. <https://repositorio.unjfsc.edu.pe/bitstream/handle/20.500.14067/4474/Daniela%20Edith%20OGarc%c3%ada%20Laos.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

- González Ojeda, M. (2004). El Estado Social y Democrático de Derecho y el Estado peruano. *Derecho y Sociedad*, 23, 144–159.
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/16863>
- Malca Monteza, J. L. (2020). *La filiación extramatrimonial y su implicancia en la derogación tácita de la figura del hijo alimentista*. [Tesis para obtener el título de abogada, Universidad Nacional Toribio Rodríguez de Mendoza].
<https://repositorio.untrm.edu.pe/bitstream/handle/20.500.14077/2167/Malca%20Monteza%20Jhomara%20Lizabeth%20-%20Act.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Mejía Mayhuasca, D. (2021). *La responsabilidad civil extracontractual en los centros públicos del sector salud ante el inapropiado servicio de emergencia - San Juan de Miraflores*. [Tesis para optar el título de Abogado, Universidad Señor de Sipán].
<https://repositorio.uss.edu.pe//handle/20.500.12802/10356>
- Meza Katpo, K. S. (2019). *La impugnación de la sentencia que declara erróneamente la filiación extramatrimonial sin haberse practicado la prueba de ADN, Huaral, 2014-2016*. [Universidad San Martín de Porres].
https://repositorio.usmp.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12727/5607/meza_skm.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Montesdeoca, S. (2020). *La prueba de ácido desoxirribonucleico en juicios de impugnación de paternidad, Unidad Judicial Multicompetente del Cantón La Maná, 2019*. [Tesis para obtener el grado de magíster, Universidad Nacional de Tumbes].
<https://repositorio.untumbes.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12874/2139/TESIS%20-%20MONTESDEOCA%20SALME.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Ojeda Cárdenas, M., & Alvarado Gómez, G. (2018). *La vigencia del hijo alimentista y la posible gratuidad de la prueba de ADN en los procesos de filiación* [Universidad San Pedro].
<http://repositorio.usanpedro.edu.pe/bitstream/handle/USANPEDRO/324/PI1750441.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Quispe Hilario, S. (2021). *La aplicación obligatoria del examen de ADN en la identidad biológica del menor en el Proceso de Filiación Judicial de Paternidad Extramatrimonial, en los Juzgados de Paz Letrado de Huancavelica – 2017*. [Tesis para obtener el grado de magíster, Universidad Peruana de los Andes].
https://repositorio.upla.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12848/2448/T037_43031342_M.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Talavera Quispe, W. (2018). *Realidad jurídica y social de los hijos alimentistas considerados en el artículo 415 del Código Civil en el segundo y tercer juzgado especializado de familia en la ciudad de Arequipa*. [Tesis para obtener el grado de magíster, Universidad Católica de Santa María].
<https://repositorio.ucsm.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12920/5885/8T.1391.MG.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

- Tinizaray Jaramillo, M. (2018). *Potenciales afectaciones al derecho a la honra del sujeto pasivo en juicios de alimentos con presunción de paternidad*. [Tesis para obtener el grado de magíster, Universidad Andina Simón Bolívar].
<https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/6384/1/T-2725-MDE-Tinizaray-Potenciales.pdf>
- Varela Guimaraes, R. (2018). *La prueba científica del ADN como medio de prueba para demandar la nulidad del reconocimiento del hijo declarado judicialmente* [Tesis para obtener el grado de magíster, Universidad Nacional de la Amazonía Peruana].
https://repositorio.unapiquitos.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12737/5660/Rosita_Tesis_Maestria_2018.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Vásquez Rodríguez, E. D. (2018). *Consentimiento del menor para garantizar su derecho a la identidad personal en los procesos de filiación extramatrimonial, Arequipa-2017*. [Tesis para obtener el grado de magíster, Universidad Católica de Santa María].
<https://repositorio.ucsm.edu.pe/server/api/core/bitstreams/2a2fbc0d-f623-43e6-ac47-5e7a2c805a87/content>
- Vento Yupanqui, M. L. (2021). *Análisis jurídico y normativo sobre los hijos alimentistas en el Código Civil Peruano*. [Tesis para obtener el título de abogada, Universidad de San Martín de Porres].
https://repositorio.usmp.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12727/9122/vento_yml.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Financiación

El presente artículo no cuenta con financiación específica de agencias de financiamiento en los sectores público o privado para su desarrollo y/o publicación.

Conflicto de interés

Las autoras del artículo declaran no tener ningún conflicto de intereses en su realización.

© Las autoras. Este artículo en acceso abierto es publicado por Chornancap Revista Jurídica del Ilustre Colegio de Abogados de Lambayeque bajo los términos de la Licencia Internacional Creative Commons Attribution 4.0 (CC BY 4.0), que permite copiar y distribuir en cualquier material o formato, asimismo mezclar o transformar para cualquier fin, siempre y cuando sea reconocida la autoría de la creación original, debiéndose mencionar de manera visible y expresa al autor o autores y a la revista.

¿Daños punitivos o daño moral punitivo? El resarcimiento “sancionador” como un medio para reforzar la tutela de los derechos fundamentales de la víctima en el Perú

Punitive damages or punitive moral damage? "Punitive" compensation as a means to strengthen the protection of the victim's fundamental rights in Peru

Gabriel Peralta Tripul*¹

Universidad Nacional de Piura (Piura, Perú)

estudioscivilesperalta@gmail.com

<https://orcid.org/0009-0006-4721-3734>

Recibido: 17/03/2024

Aprobado: 10/06/2024

Publicación online: 05/07/2024

*Autor corresponsal

¹Egresado de la Maestría en Derecho Civil y
Procesal Civil.

Cómo citar este trabajo



Peralta Tripul, G. (2024). ¿Daños Punitivos o Daño Moral Punitivo? El resarcimiento “sancionador” como un medio para reforzar la tutela de los derechos fundamentales de la víctima en el Perú. *Chornancap Revista Jurídica*, 2(1), 53-80. <https://doi.org/10.61542/rjch.70>

RESUMEN

El objetivo principal fue determinar los fundamentos para aplicar el criterio punitivo en la cuantificación del daño moral como un medio para reforzar la tutela de los derechos fundamentales de la víctima en el Perú. Con ello, se pretende sustentar que, ante la imposibilidad de utilizar los daños punitivos al no haber sido introducidos en nuestro sistema por una ley, se puede utilizar la cuantificación del daño moral para otorgar un resarcimiento sancionador como un medio para reforzar la tutela de los derechos fundamentales de la víctima. Para llevar a cabo lo anterior se ha utilizado un método de investigación socio-jurídico (destinado a analizar casos reales como son las sentencias) y dogmático-jurídico (destinado a analizar los fundamentos jurídicos del daño punitivo y el daño moral), a fin de cumplir con el objetivo propuesto. Por último, se presentan algunas aproximaciones a modo de conclusión.

Palabras clave: Daños punitivos, Daño moral, Derechos fundamentales, Defensor público, Víctimas.

ABSTRACT

The main objective was to determine the grounds for applying the punitive criterion in the quantification of moral damages as a means to reinforce the protection of the fundamental rights of the victim in Peru. With this, it is intended to support that, given the impossibility of using punitive damages as they have not been introduced in our system by a law, the quantification of moral damages can be used to award punitive damages as a means to reinforce the protection of the fundamental rights of the victim. In order to carry out the above, a socio-legal research method (aimed at analyzing real cases such as sentences) and a dogmatic-legal method (aimed at analyzing the legal foundations of punitive damages and moral damages) have been used in order to fulfill the proposed objective. Finally, some approximations are presented as a conclusion.

Keywords: Punitive damages, Moral damages, Fundamental rights, Public defender, Victims.

Introducción

Hasta antes del año 2017, las cortes peruanas no conocían la categoría de “daño punitivo”, les era extraño. No obstante, grande fue la sorpresa en la doctrina peruana, con la introducción de los daños punitivos en dos “plenos jurisdiccionales” en el año 2017 emitidos por la Corte Suprema. En efecto, en el V Pleno Jurisdiccional Supremo en materia laboral y previsional, se determinó que, en casos de despido incausado y fraudulento, cuando el trabajador reciba una indemnización por daños y perjuicios, el juez de oficio ordenará pagar una suma adicional por “daños punitivos”, que no podrá exceder del monto que el trabajador hubiera aportado al régimen previsional respectivo. Posteriormente, se emitió VI Pleno Jurisdiccional Supremo en materia laboral y previsional, donde se determinó que, en casos de accidentes de trabajo, cuando el demandante reciba una indemnización por daños y perjuicios, el juez de oficio ordenará pagar una suma adicional por “daños punitivos”, la cual será fijada a criterio prudencial del juez y tendrá en cuenta a) no excederse del total del monto indemnizatorio; y, b) la conducta del empleador.

Se puede apreciar, que se han reconocido-a nivel de la justicia laboral- el otorgamiento de “daños punitivos” en casos de:

- a) Despido incausado y fraudulento; y,
- b) Accidentes de trabajo.

No obstante, desde la publicación de estos dos plenos, en nuestro ordenamiento jurídico se ha generado un gran debate. Se habla sobre su “correcta” delimitación conceptual, a raíz de su propia traducción incorrecta como “daños punitivos”; su trasplante legal fallido por ser introducidos mediante plenos jurisdiccionales y no por ley; y, de una “opción alternativa” para desplegar una función punitiva a través de una categoría de daño no patrimonial: el daño moral.

Pero, en resumen, el debate, se ha centrado en tres posiciones:

- a) El otorgamiento de “daños punitivos” en casos de despido-incausado y fraudulento- y en accidentes de trabajo;
- b) El no otorgamiento de “daños punitivos” en casos de despido-incausado y fraudulento- y en accidentes de trabajo; y,
- c) El empleo del daño moral punitivo, de acuerdo con cada caso concreto.

Es en la posición c) donde centraremos nuestra argumentación para justificar el resarcimiento “sancionador” como un medio para reforzar la tutela de los derechos fundamentales de la víctima en el Perú.

Recordemos que, en el Servicio de Defensa Pública¹, existe el servicio de Defensa Pública de Víctimas, el cual comprende la asesoría técnico legal y/o patrocinio de las personas que hayan sido víctimas² de algún delito, pero que sean de escasos recursos económicos o que se encuentren en una situación de vulnerabilidad³, en donde el Defensor Público puede asumir su patrocinio judicial, a fin de solicitar la constitución en actor civil y sustentar su pedido de reparación civil (consistente en una restitución o resarcimiento) en favor de la víctima. Su labor es relevante en el proceso penal pues será el sujeto procesal encargado de acreditar la reparación civil que pretende⁴. Por ello, en este trabajo se identificarán criterios para que el defensor sustente una pretensión civil de resarcimiento “sancionador”, echando mano del daño moral.

Cerrando el paréntesis, reanudamos la lección. A modo de ejemplo que, nos permita entender a los daños punitivos, lo encontramos en el cine jurídico norteamericano. Se dice que el cine jurídico, traduce el razonamiento jurídico frío y técnico de la norma, en una realidad viva, de manera racional y emotiva (De Trazegnies Granda, 2013). Por ello, citaremos el caso de la película Philadelphia (Demme, 1993).

Es la historia de un abogado: Andrew Beckett. En la película se narra que es despedido por una supuesta falta de capacidad y diligencia en su trabajo, que no hace más que encubrir las razones de su despido por ser homosexual y padecer VIH. Todo inicia cuando Beckett es citado a brindar con los jefes del estudio jurídico, pero uno de ellos logró ver en él signos de su enfermedad

¹ En el Código de Procedimientos Penales de 1940 aparece la figura del “defensor de oficio”, el cual en la actualidad se denomina Defensor Público. El fundamento constitucional del Servicio de Defensa Pública se regula en el art. 139, inc. 16 de la Constitución Política del Perú que desarrolla el principio de gratuidad y de la defensa gratuita para las personas que no cuenten con posibilidades económicas. Su regulación actual aparece con la Ley N.º 29360 donde se crea el “Servicio de Defensa Pública”.

² En el inc. 1, artículo 94 del Código Procesal Penal el agraviado es todo aquel que sufra un delito o las consecuencias del mismo.

³ Según el Art. 28-C del Reglamento del Servicio de Defensa Pública, se hace un listado de todos los sujetos que pueden tener la condición de vulnerabilidad y acceder al servicio de defensa pública gratuita.

⁴ Haciendo un análisis de la acción civil en el proceso penal donde actualmente se permite declarar la existencia de responsabilidad civil incluso en caso de que exista una sentencia absolutoria o un auto de sobreseimiento, Del Río Labarthe (2010) diría que al no existir un requisito de obligatoriedad de la sentencia condenatoria para determinar la responsabilidad civil, la tarea del abogado que se constituye como actor civil se vuelve más importante tanto para participar en la actividad probatorio como para fundamentar la responsabilidad civil en el proceso penal.

que Andrew trataba de ocultar. Posterior a la reunión, se le encomienda a Beckett presentar un escrito muy importante a la Corte, el cual termina a tiempo y deja en su oficina, para que sea presentado a la mañana siguiente. Al amanecer, Beckett con síntomas calamitosos de la enfermedad, llama desde un hospital a su oficina, pero le indican que el escrito está perdido, sin embargo, minutos antes de que cierre la Corte, el escrito aparece y logran presentarlo. Al retornar a su oficina, sus jefes lo citan a una reunión para comunicarle su despido por falta de diligencia en el caso que se le había asignado. Un hecho que solo encubría la verdadera razón del despido: ser homosexual y tener VIH.

¿Qué hizo Andrew Beckett ante ello? La víctima del despido buscó a un Defensor Especialista en Indemnizaciones. Lo más cercano a un especialista en Defensa de Víctimas en Perú. El nombre de su abogado era Joe Miller. El defensor demandó al estudio jurídico, y centra sus argumentos para demostrar la diligencia y competencia-además, del respeto a la vida privada- de Beckett durante su trabajo en el estudio, y que las verdaderas razones de su despido obedecieron a un trato discriminatorio por ser homosexual y tener VIH. En la etapa final del juicio, el juzgador (miembros del jurado) falla a favor de Beckett, declarando que su despido obedeció a un comportamiento discriminatorio de su empleadora, al tener la condición de homosexual y padecer VIH. Condenando a la empleadora: 1. Por falta de pago y pérdida de beneficios, 143 mil dólares; 2. Por angustia mental y humillaciones, 100 mil dólares, y, por último, 3. Por “daños punitivos” se le reconoce la suma de 4 millones 782 000 mil dólares. Ciertamente, resulta ilustrativo el caso de cine citado, a fin de acercarse a comprender la naturaleza “americana” de los daños punitivos en las siguientes líneas.

1. Marco conceptual (contexto teórico-jurídico)

1.1. Antecedentes

Respecto a los antecedentes de los daños punitivos, existe cierto consenso en que han cobrado su máximo desarrollo en el derecho común anglosajón (Alcántara Francia, 2021; Buendía De Los Santos, 2020; Espinoza Espinoza, 2017; García Huayama, 2020)

Indica, Buendía De Los Santos (2020) que, las fases de desarrollo de los daños punitivos en este sistema serían: 1. La fase de defensa o vindicativa de los derechos de la persona (del siglo XVIII al XIX). Basada en una protección solo de la persona por violación a sus derechos a la integridad física o el honor. 2. La fase de punición por abuso de la posición económica (inicios del siglo XIX). Se comienza a utilizar los daños punitivos como un medio de control social de aquellas empresas o corporaciones que comienzan a tener una participación más activa en el mercado, pero que obtienen sus beneficios económicos a costa de una actividad maliciosa y reprochable contra uno o

más miembros de la comunidad. 3. La fase de control a los daños ocasionados por productos defectuosos. Entre sus notas características tenemos: 1) La identificación del “fabricante” como aquel agente capaz de conocer y controlar los peligros que los productos pueden ocasionar a los consumidores; 2) Se cimienta una función preventiva de los daños punitivos.

En el caso de la película Philadelphia vimos como en su sistema judicial se adoptaba la figura de los daños punitivos, echando mano de la función punitiva de la responsabilidad civil como un mecanismo que permite modelar ciertas conductas nocivas para la sociedad.

¿Cuál es su naturaleza jurídica de los daños punitivos en el derecho común anglosajón? Los daños punitivos tienen una naturaleza penal, a pesar de ser sanciones civiles, deben tener limitaciones, un dique, que no deje desbordar todo el poder punitivo del Estado contra el responsable, es por ello que las Cortes Americanas comenzaron a fijar limitaciones en su quantum y/o solo imponerlos en supuestos donde los daños compensatorios fuesen insuficientes por la extrema gravedad de los daños ocasionados en la víctima o de la conducta del agresor. (Rosensvald, 2013)

¿Existen los daños punitivos en Latinoamérica? México introdujo los daños punitivos en un caso donde se resolvió un caso de un joven que falleció por electrocución al caerse de un kayak al agua-que se encontraba electrificada- en el lago artificial de un hotel. La Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (2014), advirtió las conductas negligentes que tuvo el hotel-mantenimiento deficiente de las instalaciones y omisión de medidas de seguridad-. Es por ello, -según la sentencia- que la compensación tenía que tener una desaprobación al ilícito cometido, ¡tenía que tener una naturaleza punitiva!, echando mano del daño moral, a fin de conseguir una retribución social contra el responsable. (Amparo Directo 30/2013. Caso: Daño Moral, daños punitivos y Negligencia de prestador de servicio de Hospedaje)⁵

Ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1988), aún no existe un pronunciamiento unánime o mayoritario sobre la aceptación de los daños punitivos en el Sistema Interamericano. En, efecto se han dado casos donde los abogados de las víctimas solicitaban indemnizaciones ejemplarizantes, sin embargo, la Corte indicó que el ámbito de la reparación es compensatorio y no sancionatorio. (Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras).

Posteriormente, en un caso relativo a un crimen de ejecución extrajudicial, la Corte (2003), emplea el uso de la palabra “responsabilidad agravada” para indicar las circunstancias vejatorias en que se produjo el daño a las víctimas, pero lo hace de manera superficial (Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala). Sin embargo, donde veremos una profundidad de la propuesta que, ante casos

⁵ Por ello se ha opinado (en un país diferente) que los jueces colombianos a menudo utilizan la indemnización del daño moral para una condenación punitiva, lo cual se torna más evidente cuando el

donde los derechos fundamentales del individuo sean violados, se utilicen reparaciones con carácter sancionatorio, es en este mismo caso citado anteriormente, pero en el extremo del voto razonado (fundamento 49) del Juez Antônio Augusto Cançado Trindade en el Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2003).

1.2. Revisión de la literatura

1.2.1. Definición de daños punitivos

Para Pérez Fuentes (2019) los daños punitivos son una suma indemnizatoria adicional a la prevista por daños compensatorios. En efecto, en este sistema, el juzgador necesita estar convencido de que es necesario castigar y disuadir al responsable del daño ocasionado a la víctima, por realizar una conducta de menosprecio a los derechos fundamentales de la persona o la sociedad toda⁶.

Del mismo modo Chinchay Tuesta (2010) considera que los daños punitivos no forman parte de la indemnización compensatoria, catalogándolos dentro de las multas privadas que imponen los jueces de orden civil para sancionar y disuadir conductas reprochables en la sociedad. Agrega también que, como son figuras provenientes del derecho común anglosajón, al jurista del derecho continental le podría repugnar escuchar de alguna función punitiva de la responsabilidad civil.

Para Gómez Tomillo (2012), efectuando un análisis jurídico de los daños punitivos desde la óptica del derecho público y de los principios limitadores de la función punitiva del Estado, indica que estas sanciones pecuniarias ejemplarizantes son un instrumento del aparato Estatal, utilizadas, sea por los tribunales civiles, sea por los jurados, a fin de exigir una cantidad de dinero adicional a la necesaria para los daños compensatorios.

En el mismo sentido, Fleming (1998) diría que:

Los daños punitivos o ejemplares se enfocan no en el daño al demandante sino en la conducta escandalosa del demandado, a fin de garantizar una suma adicional, como sanción, para expresar la indignación pública y la necesidad de disuadir o reprimir dicha conducta. (pp. 271-272).

De las citadas definiciones, se resalta la característica punitiva de esta figura jurídica, por ello, Goudkamp & Katsampouka (2021) destacan que cabe diferenciar el castigo como objeto de un acto judicial y el castigo como efecto de un acto judicial. Primero, un ejemplo del castigo como

⁶ Por ello se diría que su base de imposición no es el “daño compensatorio”, sino, más bien, “una conducta reprochable, maliciosa, cruel, gravemente negligente o imprudente del sujeto que ocasiona los daños” (Ordoqui, 2019).

objeto de un acto judicial serían los daños punitivos, porque el castigo está entre sus fines. Segundo, un ejemplo del castigo como efecto de un acto judicial sería una indemnización compensatoria, la cual puede tener como exclusivo fin la reparación, pero, si el demandado no está asegurado, puede entenderse que tendrá un fin punitivo.

Un importante dato es que la traducción al castellano de punitive damages en daños punitivos es equívoca desde el punto de vista conceptual (Buendía De Los Santos, 2020; Espinoza Espinoza, 2017; Rosensvald, 2013). Sucede, lógicamente, que la reparación de los daños no es punitiva o, no se puede entender, que el daño provoque una función punitiva en la víctima. Por ello, un sector de la doctrina se acerca más a comprenderlo con la noción de “resarcimiento sancionador”⁷.

En términos sencillos, utilizar la denominación resarcimiento sancionador, multas civiles, daños punitivos o condenaciones punitivas⁸, tiene un mismo sentido, por lo que será utilizada de manera indistinta en el presente trabajo.

1.2.2. Utilidad de los daños punitivos

Imaginemos el siguiente caso: “X” es una empresa petrolera de los Estados Unidos, que al cierre del presente año ha generado ventas de \$80 mil millones anuales. “X” es propietaria de un buque petrolero “Súper X”, el más grande de América. El buque zarpó del puerto de Valdez en Alaska. En su trayecto navegarían a través de témpanos de hielo en las aguas. El capitán y la tripulación luego de una celebración, estaban borrachos y pusieron el buque en piloto automático. Sin embargo, al despertar algunos de los tripulantes, lograron ver que chocarían frente a un enorme bloque de hielo. Trataron de evadirlo, pero se olvidaron que el barco estaba en piloto automático. El “Súper X” no logró evadir el iceberg, por lo que colisionó con éste en la zona de Prince William Sound, Alaska, y derramó más de 11 millones de galones de petróleo que se extendieron hasta unos 2000km de la costa. El derrame de petróleo tuvo un fuerte impacto ambiental en aguas norteamericanas. Los habitantes de Alaska presentaron una demanda contra el “Súper X”. En primera y segunda instancia de mérito las Cortes Estadounidenses concedieron altos montos por daños punitivos contra la empresa petrolera (como tope una cifra mínima de \$2500 millones). Sin embargo, en la Suprema Corte evaluó que los daños punitivos eran excesivos, por lo que estableció como precedente judicial que: “los daños punitivos serian fijados como máximo iguales que los

⁷ En opinión contraria Cornet, M. (2019) reconociendo que la traducción de punitive damages en daños punitivos es incorrecta, pues la reparación de los daños no castiga, solamente compensa, sugiere que se debería mantener en nuestro sistema jurídico tal denominación, pues así se le conoce en todo el mundo del habla española.

⁸ Se ha resaltado el impacto psíquico como amenaza disuasoria que obliga a tomar precauciones o abstenerse de realizar conductas dañinas mediante el empleo de las condenaciones punitivas, a fin de lograr el efecto principal “evitar que dicho daño se vuelva a repetir en otros supuestos” (Trigo Represas citado por Ossola, 2016).

daños compensatorios”, y fijaron una sanción pecuniaria de tipo punitivo ascendente a \$507, 5 millones de dólares⁹.

Aquí cabe realizar las siguientes preguntas, a fin de verificar la utilidad de los daños punitivos: 1. ¿En este caso, los daños punitivos respondieron de manera eficaz frente al comportamiento nocivo de la empresa “X”? 2. ¿Los demandantes actuaron como agentes estatales, a fin de reafirmar el poder punitivo del Estado?, y, 3. ¿Existía un alto reproche social contra la empresa petrolera “X” por las pérdidas difusas ocasionadas al medio ambiente?

Para Gómez Tomillo (2012) si un sujeto prefiere asumir riesgos de una indemnización posterior, que renunciar a los beneficios de su conducta socialmente nociva, los daños punitivos serían perfectamente aplicables, pues responderán de manera eficaz contra el comportamiento del responsable del daño que no quiere internalizar los costos de prevención, pues le será más económico costear los gastos de la indemnización compensatoria. En el caso hipotético, la respuesta a la pregunta 1 es que los daños punitivos no respondieron de manera eficaz frente al comportamiento nocivo de la empresa “X”, pues al ser fijados de manera igual que los daños compensatorios, serían perfectamente costeados –o, asegurables- para la empresa petrolera dañante.

Segundo, identifica a los particulares que demandan daños punitivos como un complemento del poder punitivo del Estado, es decir, como “agentes no estatales” que buscan: hacer respetar el ordenamiento jurídico y que se repriman comportamientos socialmente intolerables. Se debe tener en cuenta que la función punitiva es una labor que solo le pertenece al Estado, pero éste se delega a sus ciudadanos-a través de una política legislativa de incorporación de los daños punitivos- para que tengan la capacidad de reafirmar el poder punitivo del aparato estatal, frente a conductas dañosas que menoscaban los derechos de la persona. Ciertamente, en el caso hipotético, la respuesta a la pregunta 2 es que los ciudadanos si actuaron como agentes no estatales que buscaban reafirmar el poder punitivo del estado mediante la utilización de los daños punitivos.

Para finalizar, Chinchay Tuesta (2010) indica que ante escenarios en donde se han ocasionado daños de manera difusa y el dañante es una gran empresa, a pesar de que exista compensación a favor de víctimas individualizadas, el responsable no asumirá la internalización total de los costos sociales generados por su comportamiento dañoso. Asimismo, Gómez Tomillo (2012) destacó que, desde un enfoque teórico, los daños punitivos no tienen el mismo reproche social que los delitos, pues a éste se reserva el castigo de las conductas más estigmatizadas en nuestra sociedad que vulneran la legislación penal: homicidio, corrupción, violación, etc. En el caso

⁹ Este hipotético caso ha sido inspirado en el caso Exxon Valdez: El Titanic del petróleo descrito en un trabajo académico desarrollado por Bolaños Rodríguez (2022, p. 534).

hipotético, la respuesta a la pregunta 3 es que sí existe un alto reproche social, a pesar de que el reproche penal descansa en la tripulación y su capitán, el comportamiento dañoso de la empresa petrolera X también es reprochable desde la óptica de las sanciones civiles pecuniarias (o, daños punitivos), pues “X” siempre estuvo en mejor capacidad profesional, económica y organizativa para prevenir un daño de manera difusa que, no solo perjudicó a los habitantes de Alaska, sino, también, tuvo un fuerte impacto ambiental, en realidad, los daños punitivos concedidos debieron ser superiores a la indemnización compensatoria.

1.2.3. Daños punitivos y enriquecimiento sin causa de la víctima.

Una de las críticas más álgidas contra los daños punitivos siempre ha sido su finalidad ejemplarizante, punitiva o sancionadora, pues se les acusa de ser extraños o anómalos en el derecho privado, ello, naturalmente, siempre ha sido un argumento utilizado para tratar de reducir su aplicación en el sistema del derecho común anglosajón (Goudkamp & Katsampouka, 2021). Sobre todo, por la naturaleza penal de los daños punitivos, se le considera una medida excepcional al ser un instrumento generalmente utilizado en el proceso civil el cual no ofrece todas las garantías que ofrece un proceso penal. (Corral Talciani, 2004)

En el derecho civil continental, cambia el panorama, pues existe una preocupación más enfocada en el enriquecimiento sin causa que puede experimentar la víctima si se viera beneficiada por un otorgamiento pecuniario a título de daños punitivos. Por ejemplo, Rojas Quiñones (2012) opina que la víctima del perjuicio no debería recibir el pago a título de daños punitivos que realice el agente dañante, a fin de evitar un enriquecimiento sin causa, por eso, tales recursos deberían redirigirse a fondos públicos de indemnización para víctimas que sufran perjuicios especiales, tales como: daños ambientales, daños anónimos, daños de difícil resarcimiento, etc. Es decir, no se permitiría, en nuestro ordenamiento legal, una situación de “sobrecompensación de la víctima”, ya que, al ser un rasgo propio de los daños punitivos que sean fijados a discrecionalidad del juzgador, ello puede hacer experimentar en la víctima un incremento de su patrimonio, ocasionando en términos legales un enriquecimiento sin causa, siendo algo que no sucedería si únicamente recibiera los daños compensatorios.

Líneas arriba destacamos que la participación de los ciudadanos en litigios por daños punitivos no solo los posicionaba como agentes no estatales para mover el engranaje de la función punitiva del Estado, sino, también, debemos destacar sus “incentivos” para mover el engranaje, pues los daños punitivos, entre otros beneficios, les permiten “disuadir y proteger a la persona, su vida privada, el honor, la reputación, la privacidad, etc.” (Chinchay Tuesta, 2010, p. 284). Es verdad que esta forma de “venganza privada desarrollada” resulta muy lucrativa para las víctimas. De todos modos, el enriquecimiento sin causa que experimenta la víctima debe ser tratado, no desde los

beneficios del objetivo que cumple esta figura, sino, teniendo en cuenta como debería incorporarse en nuestro ordenamiento jurídico a los beneficiarios de estos daños extra-compensatorios para crear un equilibrio ante esta situación.

Gómez Tomillo (2012) es enfático en destacar que el otorgamiento pecuniario obtenido a título de daños punitivos no debería ir a parar a favor de ningún individuo en particular, sino, debería ser entregado a favor del Estado al ser el sujeto que soporta el costo de impartir justicia mediante el poder judicial. Este enfoque, catalogado como intervencionista, estaría garantizado con la idea de justicia “dar a cada uno lo suyo”, pues siempre se debe buscar incrementar el “bienestar general” y no solo el individual, pues es claro que los daños punitivos incrementan el patrimonio de las víctimas a costa de la verdadera compensación que le tocaría recibir por el daño infligido.

Sin embargo, no resulta convincente este argumento, por dos razones: 1) porque el Estado no solo soporta el costo de administrar justicia en casos de responsabilidad civil-sea en la vía del proceso penal, sea en la vía del proceso civil-, sino, ante innumerables materias jurídicas, por ejemplo: en derecho civil, derecho de familia, derecho administrativo, derecho laboral, etc.; 2) porque la corrección del sistema cuando el demandado ha dañado intencionada, maliciosa o deshonestamente al demandante no se daría, pues apropiándose del otorgamiento pecuniario de los daños punitivos se crearían “incentivos perversos” para que las víctimas destinatarias de la reparación no accionen judicialmente contra los responsables del daño, al expropiárseles de su derecho a ejercer un castigo contra aquellos que tienen un comportamiento socialmente intolerable y, en contraposición, se enriquecen de manera injustificada por los daños que ocasionan.

Ciertamente, ante el escenario que venimos comentando, coincidimos con Gallo (2000) cuando indica que al existir un daño difundido entre innumerables víctimas –entiéndase, indeterminadas, como en el caso de daños ambientales- sería crucial que el otorgamiento pecuniario a título de daños punitivos sea destinado al Estado representado por el tesoro público; en contraposición, cuando exista un daño que no aparece difundido pues existe una víctima individualizada –entiéndase, determinada como el caso de homicidio, violación o accidentes-, solo la parte perjudicada o agraviada debería tener la titularidad de recibir el otorgamiento pecuniario de daños punitivos.

1.2.4. ¿Los daños punitivos son una pena privada o una pena civil?

La importancia de tocar este rubro radica en la diversidad de opiniones existentes en la doctrina: por un lado, se les identifica a los daños punitivos como pena privada (Cornet, 2019;

Ordoqui, 2019; Pizarro & Vallespinos, 2019), por otro lado, se les identifica como pena civil (Rosenvald, 2013). Sin embargo, la pena privada si ha sido regulada en nuestro Código Civil¹⁰ “ampliamente”, la pena civil no. Ejemplo de una autentica pena privada es la cláusula penal, la cual es establecida por un acto de autonomía entre las partes, responde a un interés particular del acreedor y cumple una labor “preventiva” con la amenaza de imposición de una obligación pecuniaria en caso de inejecución de obligaciones. Los daños punitivos se acercan más a una pena civil, pues es impuesta por la ley-la cual puede limitar el monto de la sanción pecuniaria o dejar su fijación a discrecionalidad del Juzgador-, no se restringe a proteger solo a la víctima, sino, también busca la protección de intereses colectivos, para evitar que el responsable siga generando comportamientos que generen un peligro social para las demás personas.

¿Existirá una pena o multa civil regulada en nuestro ordenamiento jurídico? Si existe, pero con un límite expreso de la sanción pecuniaria, en el art. 49 del Texto Único Ordenado de la Ley de Compensación por Tiempo de Servicios, en el supuesto donde el empleador haya retenido el pago de CTS correspondiente al trabajador será sancionado a pagar una suma “indemnizatoria” el doble de la suma retenida. Esta es una auténtica multa civil, regulada por ley. Sin embargo, cuesta entender la Sentencia emitida por el Juzgado Laboral de la Corte Superior de Justicia de Tumbes en el Exp. N.º028-2020, en donde precisó que se trataba de un “daño moral” y debería ser fijado de manera equitativa, lo que era incorrecto, ya que la misma ley indicaba que era un monto tasado.

1.2.5. Función punitiva de la responsabilidad civil: daños punitivos y daño moral

En nuestro derecho civil continental se considera -en opinión de la doctrina- que la responsabilidad civil no cumple una función sancionadora, sino, más bien reparadora, atendiendo al principio “no existe responsabilidad sin daño”, pues si en el análisis del juicio de responsabilidad no existe el elemento “daño” no se estaría ante un supuesto de responsabilidad civil, sin perjuicio de calificarlo como otro supuesto de responsabilidad: penal, administrativa, moral, etc. (Papayannis, 2022). Sin embargo, no todos los sistemas de responsabilidad civil son similares, tal es el caso del sistema de responsabilidad del derecho común anglosajón en donde predomina la coexistencia de la función punitiva, reparadora y disuasoria a través de la utilización de los daños punitivos y compensatorios, predominando el análisis de la sanción y la culpa del autor del daño, a fin de aplicar la función punitiva de la responsabilidad echando mano de los famosos daños punitivos (Corral Talciani, 2004)

Un elemento importante para aplicar una función punitiva de la responsabilidad civil sería la existencia de la proporcionalidad, es decir, la verificación de una relación directa entre la

¹⁰ La Clausula Penal (art. 1341 y ss.).

gravedad del comportamiento socialmente intolerable y el monto pecuniario otorgado en calidad de resarcimiento. Es común que el monto resarcitorio se otorgue siempre atendiendo al daño ocasionado a la víctima, esto responde a que: a veces existen comportamientos graves que ocasionan daños leves, y, en otras ocasiones, existen comportamientos ligeramente culpables que ocasionan daños graves (Papayannis, 2022)

Por ello, es importante verificar si existe proporcionalidad en el resarcimiento impuesto contra el demandado para conocer si cumple una función punitiva, dejando de lado el análisis de “daños patrimoniales” pues responden al principio de equivalencia, no quedando la menor duda de la exclusiva presencia de la función compensatoria; sin embargo, no sucede lo mismo en el caso de los “daños no patrimoniales”, al ser inapreciables en dinero, ante la lesión a los derechos fundamentales del individuo generalmente se opta por una atribución legal del juzgador para fijar discrecionalmente un monto pecuniario que alcance a satisfacer las consecuencias del daño no patrimonial, esto es, el daño moral y el daño a la persona.

Aquí cabe preguntarnos ¿es posible la existencia -explícita o implícita- de una función punitiva en el resarcimiento del daño moral? Se ha destacado la utilidad de los daños punitivos cuando el comportamiento socialmente intolerable ocasiona daños a los derechos de la víctima, resaltando sobre todo la función disuasoria, sin embargo, también se ha ido argumentando poco a poco en nuestro país que es innecesario hacer referencia a los daños punitivos, al tener una herramienta que cumple los mismos efectos y ha sido identificado como daño moral (Chinchay Tuesta, 2010)

Cabe decir, que el daño moral ha sido concebido tradicionalmente como un daño que no puede valorarse en términos monetarios, pero afecta sentimientos de la persona – específicamente, la faz interna-, pese a ello, por mandato legal debe ser resarcido y, según criterios en la doctrina, se fija teniendo en cuenta: el daño sufrido en la víctima sin examinar la culpa del demandado (Vaquer Aloy, 2010)

Sin embargo, los criterios para fijar el resarcimiento por daño moral no son unánimes.

Banfi del Río (2017) considera que el dolo si influye al momento de fijar la compensación por daño moral, pues produce cierta elevación del resarcimiento que acreditaría una función punitiva limitada.

Merino Acuña (2010) examinando el criterio de imputación de la culpa en los accidentes de tránsito, desde una perspectiva realista, considera que es imposible resarcir la pena de la víctima por la muerte de un ser querido o la incapacidad permanente, destacando que el resarcimiento por daño moral en verdad esconde punición.

Para Gallo (2000) los daños morales cumplen una función disuasiva y de castigo, rescatando esta afirmación de los criterios que los jueces utilizan para fijar este resarcimiento: comportamiento del agente, el elemento subjetivo, enriquecimiento obtenido como consecuencia del daño ocasionado y la situación patrimonial del responsable.

En cambio, para Trimarchi (2020) el resarcimiento por daño moral asume una función de satisfacción relacionada a la gravedad del daño, pero agrega que en situaciones donde el resarcimiento del daño no patrimonial no se encuentre dentro de lo común, sino, más bien, sea desproporcionado, es decir, exista una desconexión entre el daño efectivamente causado y el monto dinerario otorgado, estaríamos en presencia de la concesión de daños con carácter punitivo. A nuestro entender, ante un daño moral con función punitiva en la responsabilidad civil.

¿Se podría hablar del resarcimiento del daño moral como una sanción jurídico-penal? Para Rodríguez Delgado (1998) si sería una sanción jurídico penal, pero el monto indemnizable no podría reducirse únicamente a la entrega de una suma dineraria, sería nefasto, pues el autor del delito podría realizar inmediatamente el pago y se expresaría una disconformidad a su conducta delictuosa, por esta razón es que se consideraba que el responsable del delito y el daño debía pagar un sobre precio por la conducta perpetrada, es decir, un plus fijado a nivel judicial, dejado a discreción del juzgado en caso de delitos de naturaleza no patrimonial. En contraposición, en la doctrina contemporánea, con la entrada en vigencia del Nuevo Código Procesal Penal, se destacó que: el delito tiene como consecuencia una pena, mientras que el daño tiene como consecuencia la reparación civil del ilícito; la reparación civil no tiene un carácter de accesoriedad de la emisión de una sentencia condenatoria, pues se puede fijar ante la absolución del imputado; y que, la coexistencia entre la acción penal y la acción civil en el proceso penal responde a situaciones de economía procesal (Del Río Labarthe, 2010). Sobre todo, la reparación civil es un concepto “omnicomprensivo”, pues al interior de ella se encuentra la reparación in natura y el resarcimiento de los daños, y dentro del resarcimiento de los daños pueden ser los patrimoniales –en consecuencia, daño emergente y lucro cesante- y los no patrimoniales –en consecuencia, los famosos daños morales-. Por tanto, respondiendo a la pregunta planteada, no creemos que el resarcimiento del daño moral sea una sanción jurídico-penal, debido al carácter dispositivo que tiene la reparación civil en la legislación vigente, pero no descartamos que el juzgador pueda utilizar criterios punitivos para fijar la cuantificación del daño moral, el cual no busca imponer una medida privativa de la libertad en el proceso penal, sino, más bien, otorgar un resarcimiento sancionador que cumpla con disuadir a la colectividad de cometer conductas socialmente intolerables y, también, se cumpla con el respeto del agraviado de su dignidad humana y derechos fundamentales.

1.2.6. Posiciones jurisprudenciales y doctrinarias sobre la aplicación de los daños punitivos en el Perú

En algunas sentencias nuestra magistratura hizo la incorporación de esta figura. En efecto en el Exp. N.º15470-2018 el Décimo Primer Juzgado de Trabajo Permanente, de la Corte Superior de Justicia de Lima, otorgó una indemnización a título de daño punitivo, sin embargo, solo reproduce el mandato de los Plenos Jurisdiccionales Supremos (V y el VI), sin fundamentar la naturaleza o función de esta figura. En sede de apelación, la Octava Sala Laboral Permanente de la Corte Superior de Justicia de Lima, si se preocupó en fundamentar este extremo, por lo que sustentó que el principio de proporcionalidad (¡!), permite la aplicación de esta figura siempre que: 1. El objeto de la pretensión se relacione con los despidos incausado y fraudulento; 2. Se otorgue un pago equitativo y razonable; 3. Se cumpla con sancionar al agresor y lograr la disuasión para que no se repita el comportamiento dañino.

Sin embargo, en la doctrina existen dos posiciones en contra de la aplicación de los daños punitivos en los supuestos contemplados en los Plenos Jurisdiccionales Supremos (V y el VI), pero poseen diferentes matices. La primera posición, tradicionalista o conservadora, está en contra de la aplicación de los daños punitivos debido a que no resultan compatibles con el derecho continental, en donde la única función de la responsabilidad civil es la compensatoria (Buendía De Los Santos, 2020; Chang Hernández, 2017; Fernández Cruz, 2001; García Huayama, 2020). La segunda, está en contra de la aplicación de los daños punitivos debido a que no han sido introducidos por ley (por eso se dice que vulnera el principio de legalidad y tipicidad), pero que aceptan que la función punitiva está presente en la responsabilidad civil (Alcántara Francia, 2021; Bardales Sigvas, 2017; Cieza Mora & Martínez Tarazona, 2020; Espinoza Espinoza, 2021; García Long, 2020; R. Tantaleán Odar, 2017)

La primera posición de rechazo a los daños punitivos-y a cualquier función sancionatoria de la responsabilidad civil- ha sido “acogida” en la sentencia de Casación N.º464-2018-La Libertad. En ella se desarrolla el caso de una mujer que se vio afectada porque una entidad bancaria la había reportado a la central de riesgos por deudas que ya estaban canceladas, y a pesar de los constantes requerimientos de la demandante, el banco continuó renuente a remediar su equivocación, lo que conllevó a frustrar ciertas actividades económicas de la accionante al causarle un descrédito en su capacidad crediticia.

La demandante solicitó lucro cesante, daño moral y daño a la persona. En primera instancia, le reconocieron un monto ínfimo de S/ 20,000.00 soles por daño moral, desestimando los otros daños. En segunda instancia, revocando el extremo del daño moral, y reformándola, le reconocieron un monto ascendente a la suma de S/ 200,000.00 soles por daño moral y daño a la

persona, sin embargo, al momento de cuantificar el daño no patrimonial, la Sala sostuvo que, se debe fijar a partir de un criterio sancionatorio por la “renuencia” de la entidad bancaria a informar a la Central de Riesgos que la demandante ya no mantiene deuda alguna con ella.

En sede casatoria, se revocó la decisión de la Sala por las siguientes razones:

- a) La Sala fija la indemnización con un carácter sancionatorio, lo cual está prohibido en nuestra legislación;
- b) La Sala vulnera el derecho de defensa al conceder una indemnización con carácter sancionatorio, pues la parte demandada no estaba en condiciones de conocer los aspectos a fin de ejercer su derecho a la defensa.

Creemos que la decisión de la Casación N.º464-2018-La Libertad, es errada, ya que se ha concedido el resarcimiento por los daños demandados (daño moral y lucro cesante), y, el criterio sancionatorio-basado en la renuencia del banco a subsanar su error- no se ha reconocido como daño punitivo, sino, más bien, ha sido utilizado para cuantificar el daño moral, pero hubiera sido mejor para la Sala Civil Superior fundamentar su decisión explicando que los criterios punitivos o disuasorios son utilizados a título de cuantificación del daño, más no como una categoría de daño punitivo.

Profundizando en la crítica de la primera posición, la única función de la responsabilidad civil¹¹ no es la compensatoria. Como diría Franzoni (2022):

(...) “en extrema síntesis”, se puede decir que junto a la preponderante y primaria función compensatoria reparadora de la institución (que invariablemente roza la prevención) ha surgido un carácter polifuncional (un autor ha contado más de una docena de funciones)¹², que se proyecta hacia varios ámbitos, entre los que la preventiva (o disuasiva) y la sancionadora-punitiva son sin duda las principales (...) (p. 181).

Respecto a la segunda posición, ha sido “acogida” por el II Pleno Jurisdiccional distrital en materia laboral y procesal laboral de la Corte Superior de Justicia de Lima, el día 9. 10. 2020, en donde la materia jurídica en debate era: ¿Se puede admitir la aplicación de la figura denominada daño punitivo? Sin embargo, la respuesta fue contundente: los daños punitivos deben ser

¹¹ Según Kemelmajer (2009) concibe que la responsabilidad civil al ser analizada desde la óptica de sus funciones estas asumen el papel central para la interpretación de las reglas que comprenden la responsabilidad, encajando el sentido que debe buscar la institución conforme a sus funciones cuando se constaten lagunas en el sistema.

¹² Sobre las propuestas doctrinarias sobre las funciones que debe tener el sistema de responsabilidad civil encontramos las de Juan Espinoza “desde la óptica de sus protagonistas”; las de Guido Calabresi que, a partir de la reducción de costos de los accidentes (costos primarios, secundarios y terciarios); de Gastón Fernández Cruz con la función diádica y sistémica; con la de Guido Alpa con sus funciones actuales y tradicionales de la responsabilidad, etc.

regulados por norma expresa que determine sus alcances. Es por ello que García Long (2020) diría que el pleno no rechaza que los daños punitivos sean incompatibles con nuestro sistema jurídico, solo corrige su introducción.

La importancia de esta postura es que nos permite comentar sobre nuestro objetivo de investigación: “determinar los fundamentos para aplicar el criterio punitivo en la cuantificación del daño moral como un medio para reforzar la tutela de los derechos fundamentales de la víctima en el Perú”, puesto que solo se niega que los daños punitivos sean introducidos por un pleno jurisdiccional, más no que exista en nuestro ordenamiento jurídico alguna incompatibilidad de utilizar la función punitiva al evaluar casos de responsabilidad civil.

Por ello, procederemos a evaluar nueve (09) sentencias como muestra para comprobar nuestra postura teórica.

2. Marco metodológico

La tipología de la investigación responde a un análisis socio-jurídico porque se trabaja con elementos reales como son las “sentencias” emitidas en nuestro ordenamiento jurídico en la vía del proceso penal y del proceso civil –para analizar nuestro objeto de estudio: “criterios punitivos en la cuantificación del daño moral como un medio para reforzar la tutela de los derechos fundamentales de la víctima”. También responde a un análisis dogmático-jurídico porque se analiza la institución jurídica de los daños punitivos y el daño moral. (Tantaleán Odar, 2016)

El enfoque de la investigación es de naturaleza cualitativa, porque no descansa en números, no busca medir el objeto de estudio, sino más bien en comprender y profundizar en el fenómeno estudiado, enfatizando más en las cualidades que en las cantidades, busca generar nuevas teorías contrastándolas con la realidad que el investigador se avoca a estudiar. En esta investigación se ha postulado como hipótesis provisional que los fundamentos para aplicar criterios punitivos en la cuantificación del daño moral, son: a) reforzar la tutela civil de los derechos fundamentales y de la dignidad humana de los sujetos de derecho; y, b) reafirmar el poder punitivo del estado. Es por ello, que se busca contrastar esta postura teórica con el método cualitativo de análisis jurisprudencial –el cual se desarrolla en la Tabla 1.

El alcance de la investigación es explicativo dado que se buscan los fundamentos para la cuantificación del daño moral con criterios punitivos en las sentencias recolectadas como muestra en la presente investigación.

Asimismo, se ha utilizado un enfoque criminológico, pero centrando su atención no en el delincuente, sino, en la víctima¹³ del delito que participa en un proceso penal y es defendida por el Defensor Público de Víctimas, el cual debe lograr una reparación no de orden penal, sino, de orden civil. Es por ello que en este trabajo se buscó estudiar los fundamentos para aplicar el criterio punitivo en la cuantificación del daño moral como un medio para reforzar la tutela de los derechos fundamentales de la víctima utilizando fuentes de análisis eminentemente doctrinales y jurisprudenciales.

3. Resultados

Tabla 1

Sentencias analizadas por el autor para identificar los derechos fundamentales vulnerados en la víctima directa y/o indirecta, los fundamentos para la cuantificación del daño moral a partir de criterios sancionatorios y el monto resarcitorio otorgado.

| Sentencias objeto de Estudio | | Derechos fundamentales vulnerados en la víctima directa y/o indirecta | Fundamentos para la cuantificación del daño moral a partir de criterios sancionatorios | Monto resarcitorio otorgado |
|---|------|---|--|--|
| Sentencia N.º18707-11. Caso: Homicidio Culposo (Corte Superior de Justicia de Lima, 2012) | Exp. | Víctima indirecta: Padres de Ivo Dutra Camargo, que, por daño reflejo, solicitaban indemnización por daño moral, por vulneración al derecho fundamental a la vida de su hijo, que falleció en el accidente de tránsito por un vehículo perteneciente a una Empresa de Transportes. | La empresa de transportes debe asumir solidariamente el pago de la reparación civil por daño moral, a razón de: <ul style="list-style-type: none"> ▪ Tenía conocimiento pleno de las papeletas impuestas al conductor que ocasionó el daño a la víctima directa. ▪ No efectuó una responsable contratación de su personal, pues volvió a contratar a individuos como choferes profesionales que no reunían las cualidades respectivas. | Se fijó como monto de reparación civil, un millón de nuevos soles que deberá pagar el conductor y la empresa de transportes de manera solidaria. |

¹³ Para Cuarezma Terán (1996) en la moderna criminología, de posición esencialmente sociológica, ya no existe una polarización únicamente avocada a los estudios sobre el delincuente, sino, más bien, es multipolar pues estudia la conducta delictiva, la víctima y el control social, generándose una gran ampliación del objeto de estudio de la misma.

| | | | |
|---|---|---|--|
| | | <ul style="list-style-type: none"> ▪ Puso al volante a personas que representaban un peligro para la integridad física de la colectiva, el cual ocasiono un daño irreparable a la vida de la víctima. | |
| <p>Sentencia N.º17. Caso: Tratos inhumanos por excesos Estatales (Corte Superior de Justicia de Tumbes, 2023)</p> | <p>Víctima indirecta: Padre de Andy Aníbal Ávila Peña que, por daño reflejo, solicitaba indemnización por daño moral, por vulneración al principio-derecho fundamental de la dignidad humana, por el trato inhumano recibido por la Policía Nacional del Perú en su detención.</p> | <p>El Ministerio del Interior debe asumir el pago de la indemnización por daño moral, a razón de que:</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ Los efectivos policiales detuvieron a su hijo y sin tener en consideración que se encontraba herido, y reducido, no lo llevaron a un hospital, sino, más bien, fue trasladado a una comisaría, y después por el incesante dolor, en su detención dentro de la dependencia se desvaneció, para luego ser trasladado al hospital más lejano a pesar que otros centros de salud se encontraban más cerca de la comisaría. ▪ Por lo que el Juzgado concluye que se evidenció no solo la instrumentalización de la persona humana, violando su dignidad, sino un trato inhumano al priorizar la función policial cruda y vacía sin respeto alguno a los derechos humanos del individuo. | <p>Se fijó como monto indemnizatorio, cuatrocientos trece mil quinientos soles que deberá pagar el Ministerio del Interior.</p> |
| <p>Recurso de Nulidad N.º449-2009-Lima. Caso: Querrela por Difamación Agravada (Corte Suprema de Justicia del Perú, 2009)</p> | <p>Víctima directa: José Paolo Guerrero Gonzáles que solicita indemnización por daño moral, por vulneración al derecho fundamental al honor, por difundir una noticia falsa sobre el</p> | <p>Magaly Jesús Medina Vela debe asumir el pago de la indemnización por daño moral, a razón de:</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ La intensidad y gravedad en la infracción al derecho al honor. | <p>Se determinó como monto por reparación civil la cantidad de doscientos mil nuevos, en calidad de otorgamiento pecuniaria a favor del agraviado.</p> |

| | | | |
|---|---|--|---|
| | destacado deportista peruano. | ▪ El número de personas que recibieron la noticia falsa, es decir, se tomó en cuenta el grado de culpabilidad del agente. | |
| Recurso de Nulidad No 5385-2006-Lima. Caso: Delito de Terrorismo “Cúpula de Sendero” (S. S. P. T. Corte Suprema de Justicia del Perú, 2007) | Víctima directa: El Estado que solicita indemnización por daño moral, por vulneración al derecho fundamental a la tranquilidad pública, que los acusados con su conducta trajeron consigo por más de 12 años en todo el territorio de la Republica del Perú. | <p>Los acusados -entre ellos Abimael Guzmán Reinoso- deben asumir el pago de la indemnización por daño moral, a razón de:</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ El comportamiento cruel que los condenados ocasionaron tuvo como consecuencia que las inversiones en el país se detengan. ▪ El daño moral de gran magnitud que la cúpula terrorista y su actuar terrorista generaron al país lo convirtieron en un lugar inseguro y poco atractivo para el flujo turístico. | Se fijó como monto por reparación civil la suma de tres mil setecientos millones de nuevos soles que deberán de abonar solidariamente los sentenciados. |
| Sentencia No 133. Caso Homicidio Culposo Agravado y Lesiones Culposas Agravadas (S. J. de T. Corte Superior de Justicia de Lima, 2022) | Víctima indirecta: Madre de Joseph Giancarlo Huashuayo Tenorio que, por daño reflejo, solicitaba indemnización por daño moral, por vulneración al derecho fundamental a la vida de su hijo, que falleció en el accidente de tránsito por un vehículo perteneciente a la acusada. | <p>La acusada debe asumir el pago de la indemnización por daño moral, a razón de:</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ La gravedad del delito- argumentó que gira en torno al responsable, y no de la víctima-. | Se determinó como monto por reparación civil la cantidad de doscientos mil soles, en calidad de otorgamiento económico a favor de los agraviados. |
| (Sentencia. Caso delito contra la Administración Pública- Colusión Desleal, 2016). | Víctima directa: El Estado que solicita reparación civil por el descredito causado al Estado, por vulneración al derecho fundamental a la identidad pública de | <p>El acusado debe asumir el pago de la indemnización por daño moral, a razón de que:</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ El Sr. Kouri aprovechando su cargo, actuó en contra de los intereses del | Se determinó como reparación civil dos otorgamientos pecuniarios: 1. Por resarcimiento: 25 millones de soles; 2. Por Indemnización: 1 |

| | | | |
|--|---|---|--|
| | una persona jurídica en su proyección social del Estado. | Estado, su comportamiento intolerable conllevó a un gran perjuicio al no culminarse una gran obra que conllevaría a un tránsito más fluido en Lima. | millón de soles. Lo que da un total de 26 millones de soles. |
| Sentencia N.º76. Caso: Accidente de tránsito a consecuencia del mal estado de las vías públicas o de su falta o inadecuada señalización (27o Juzgado Especializado en lo Civil Corte Superior de Justicia de Lima, 2023) | Víctima directa: El Padre, por derecho propio, y en representación de sus menores hijas, solicitaba indemnización por daño moral, por vulneración al derecho fundamental a la integridad física, a consecuencia de sufrir un accidente por el mal estado de las vías públicas o de su falta o inadecuada señalización. | Las demandadas deben asumir el pago de la indemnización por daño moral, a razón de que: <ul style="list-style-type: none"> Al haber actuado negligentemente, por haber autorizado y aperturado un tramo de una autopista en construcción, sin contar con las condiciones adecuadas y mínimas de seguridad. | Se fijó como monto por indemnización la suma de diez millones soles, que deberán pagar de manera solidaria las demandadas. |
| Sentencia de Casación N.º1714-2018 Lima. Caso: Daños ocasionados por Actividad Ferroviaria (Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, 2019) | Víctima indirecta: Madre de Bruno Hernán Rodríguez Rojas, por daño reflejo, solicitaba indemnización por daño moral, por vulneración al derecho fundamental a la vida de su hijo, que falleció en el accidente de tránsito por un objeto riesgoso perteneciente a los demandados. | Las demandadas deben asumir el pago de la indemnización por daño moral, a razón de que: <ul style="list-style-type: none"> El conductor del tren había tenido seis accidentes utilizando el bien; La falta de diseños de medidas de seguridad para personas que sufren discapacidad incrementa el factor riesgo. Omisiones en las señalizaciones, barandas de protección y otros, en la zona donde ocurrió el accidente. | Se confirmó como monto por indemnización la suma de a suma de ochocientos mil soles, que deberán pagar de manera solidaria las demandadas. |
| Sentencia N.º45. Caso: Homicidio Culposo y Lesiones Culposas (Corte Superior de Justicia de Huaura, 2018) | Víctima indirecta: Sucesión de los 51 fallecidos, por daño reflejo que, solicitaban indemnización por daño moral, por vulneración al | Los demandados deben asumir el pago de la indemnización por daño moral, a razón de que: | Se fijó como monto por indemnización la suma de cuatro millones seiscientos veinte mil soles para |

derecho fundamental a la vida de su familiar, que, que falleció en el accidente de tránsito por un vehículo perteneciente a los acusados;

Víctima directa: En total 06 víctimas que, en nombre propio, solicitaba indemnización por daño moral, por vulneración derecho fundamental a la integridad física.

▪ Aunque la vida es inapreciable en dinero, se impone la necesidad de traducirlo -la indemnización- en un equivalente económico.

▪ Esta cuantificación, atendiendo a la naturaleza del bien jurídico objeto de lesión, implica una cuota de discrecionalidad del Juez.

las sucesiones de las víctimas fallecidas.

Se fijó como monto por indemnización la suma de ciento veinte mil soles para las víctimas directas.

4. Discusión

Es innegable el papel transformador de la jurisprudencia en la responsabilidad civil que, como institución jurídica, se fue transformando desde una etapa en donde se aplicaba solo la culpa como único criterio de imputación, hacia un modelo en donde coexisten criterios de imputación subjetivos y objetivos. Lo mismo ocurre con la multiplicación de los tipos de daños materiales o inmateriales. En el caso del daño moral ocurre que viene siendo utilizado ya no solo desde una perspectiva compensatoria o aflictiva consolatoria, sino, a través de una función “auténticamente” punitiva en ciertos casos-como hemos visto- resueltos en la jurisprudencia (Tabla 1).

En nuestro país, se han desarrollado comportamientos que son intolerables para cualquier ciudadano, los cuales atacan sus derechos fundamentales, a tal nivel, que los magistrados-en las sentencias objeto de estudio- emplean la tutela resarcitoria para reforzar la protección de los derechos de la persona y de la sociedad toda. Esta tutela resarcitoria, en clave de daño moral, hace entendible su función punitiva. Y es que existen eventos dañosos como: la pérdida de la vida de un ser querido, lesiones al honor de una persona, tratos vejatorios e inhumanos por excesos estatales, que no tienen una reparación y no pueden ser compensados en dinero.

Es por ello que, al obligar a una persona a pagar en dinero los daños inmateriales, a secas, puede entenderse como una sanción civil encubierta con el nombre de “daño moral”. Si optáramos por seguir la idea que podemos cuantificar los daños morales a través de “baremos indemnizatorios”-elaborados por empresas de seguros-, se entendería una comercialización del cuerpo humano y de sus sentimientos, pues no existe un tope o techo que nos cuantifique el daño

moral a todos los seres humanos por igual. Incluso, la utilización de los baremos se complica en casos de daños al honor, reputación o privacidad¹⁴.

Cabe decir que, el legislador del Código Civil vigente, reguló en el artículo 1984 al daño moral para que tenga una aplicación, sin restricción alguna, ante eventos dañosos. La atipicidad no es lo único rescatable de esta figura, sino, también su ámbito de protección, el cual, según la Casación N.º1560-2018, tendría una doble óptica: a) el dolor y sufrimiento de la persona; b) lesión de un bien jurídico de la persona (integridad, vida, honor, etc.). Ambas ópticas del ámbito de protección del daño moral pueden dar origen a la indemnización de perjuicios no pecuniarios. Este mensaje hacia los justiciables es claro: mediante el daño moral también se puede obtener una tutela reforzada de los derechos de la persona, como ha quedado acreditado en las sentencias objeto de estudio en el presente trabajo.

Para nosotros, la sentencia más importante que ha marcado una pauta en la tutela resarcitoria de los daños morales-en efecto, fundamenta sólidamente nuestra postura teórica- es la sentencia del caso Ávila Preciado vs. El Ministerio del Interior [Exp. N.º00310-2021], relativa a que el Estado-representado a través de su Ministerio del Interior- es responsable por el daño moral ocasionado al padre de una víctima que falleció desangrado por «trato inhumano» de la policía. En este caso el padre de un presunto asaltante logró acreditar que los efectivos policiales detuvieron a su hijo y sin tener en consideración que se encontraba herido, y reducido, no lo llevaron a un hospital, sino, más bien, fue trasladado a una comisaría, y después por el incesante dolor, en su detención dentro de la dependencia se desvaneció, para luego ser trasladado al hospital más lejano a pesar de que otros centros de salud se encontraban más cerca de la comisaría. Por lo que el Juzgado concluye que se evidenció: no solo la cosificación de la víctima violando su dignidad humana, sino, también, un trato inhumano, que no tuvo en cuenta la priorización de los derechos humanos del individuo, sino, la función policial del Estado. Por lo que el juzgado le otorgó al padre de la víctima directa la suma de S/. 413,500.00 por daño moral y obligando al Ministerio del Interior a socializar la sentencia en todas sus dependencias, para evitar que se repitan nuevamente situaciones similares.

Esta sentencia es un modelo para la aplicación del daño moral punitivo que, apreciada de manera objetiva, cambia con fuerza el paradigma de un daño moral compensatorio, puesto que se enfoca más en la perspectiva del responsable (Ministerio del Interior y de los comportamientos intolerables de sus dependientes, en agravio de los derechos fundamentales de la víctima), a fin de

¹⁴ Precisa Ponzanelli, G. (2022) que: “Las tablas, en la experiencia italiana, (...) aún no ha llegado a tener una relevancia general, ya que se aplican únicamente donde el hecho ilícito ha causado un daño no patrimonial de naturaleza biológica. En realidad, aún no se han previsto tablas en relación con las lesiones de otros bienes personales importantes (como el honor, la reputación, la privacy) de la que pueden ser titulares no solo personas físicas, sino también personas jurídicas. (...) Por lo tanto, en la actualidad, las tablas no tienen una validez general, y esta limitación-obviamente-afecta su fuerza y efectividad, socavando parcialmente sus beneficios” (p. 139).

aplicarles una función punitiva de la responsabilidad. El demandante nunca obtendría de vuelta la vida de su hijo con la sentencia, pero sí obtuvo un resarcimiento ejemplar contra quienes desplegaron una conducta lesiva.

Con ello, finalmente solo podemos decir que, para aplicar el Daño Moral Punitivo, como una herramienta de sanción o pena civil, se debe utilizar ante casos de extrema gravedad, en donde el reforzamiento de la protección de los derechos Fundamentales se hace necesario, y en nuestro país, ¡es algo que se necesita!, a fin de reafirmar el poder punitivo del Estado. Incluso podemos recordar casos como el de la “manada de Surco” donde 5 hombres violaron sexualmente a una joven mujer en el distrito de Surco, o el de la “Niña Romina Cornejo” que recibió disparos por una banda de asaltantes mientras viajaba en un automóvil junto a familiares en la ciudad de Lima, y estos “criminales” nunca tuvieron señal de arrepentimiento alguno en el proceso penal. Por ello, creemos que en nuestra sociedad si se necesita tener una concepción punitiva del daño moral.

¿Cómo aplicar el daño moral punitivo en nuestro ordenamiento? Con sinceridad, únicamente en la cuantificación del daño moral, la cual debe responder a criterios punitivos como:

- i. El comportamiento del agresor.
- ii. La reiteración de la conducta dañosa.
- iii. La magnitud del daño ocasionado.
- iv. La oportunidad para reforzar la protección de los derechos de la víctima.
- v. Los resarcimientos dados en casos semejantes.

Estos son los criterios punitivos para la cuantificación del daño moral que apoyarían la elaboración de la estrategia de caso a favor del Defensor Público, a fin de solicitar la constitución en actor civil y sustentar su pedido de reparación civil (consistente en un resarcimiento) en favor de la víctima en el proceso penal.

Conclusiones

En el derecho común anglosajón los daños punitivos tienen naturaleza penal, por lo que su incorporación, en nuestro derecho continental, obligan a que, no solo tengan un reconocimiento por ley, sino, también, pasen por ser analizados desde una “necesidad” de política legislativa, a fin de reforzar la tutela en supuestos donde existen comportamientos intolerables de extrema gravedad: violación a los derechos humanos, daños al ambiente, derecho del consumidor, etc.

Por ende, mientras no existan los daños punitivos en el Perú, se debería recurrir al daño no patrimonial (daño moral) que, en su cuantificación, se pueden incluir criterios sancionadores, conforme hemos visto en las sentencias objeto de estudio, bajo dos fundamentos: a) reforzar la

tutela civil de los derechos fundamentales y de la dignidad humana de los sujetos de derecho; y, b) reafirmar el poder punitivo del estado. Y teniendo en cuenta el divorcio entre la doctrina y la realidad social que pide una función punitiva, nos atrevemos a preguntar ¿no será que poco a poco la doctrina se inclinará en aceptar la verdadera naturaleza “punitiva” del daño moral? Eso solo el tiempo lo dirá.

En el Perú, el resarcimiento sancionador, si ha estado presente, echando mano de la cuantificación del daño moral, como hemos leído en diversos fallos del ámbito penal y civil, para conceder elevados resarcimientos que tienen en cuenta: la conducta dolosa o culposa del agente que ocasiona el daño, su reincidencia, la gravedad del daño en el derecho fundamental que es inapreciable en dinero, entre otros.

De todos los Defensores Públicos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Perú, es el Defensor Público de Víctimas el que cumple la tarea de proteger a las personas que sean víctimas-directas o indirectas de la comisión de algún daño extracontractual proveniente de delito, que accedan al servicio del patrocinio legal gratuito si tienen: a) escasos recursos económicos; b) se encuentren en situación de vulnerabilidad. Por tanto, el rol protagónico de este Defensor en el proceso penal, lo hace el sujeto adecuado para llevar a cabo la reivindicación de los criterios punitivos, sancionatorios o ejemplarizantes en la cuantificación del daño moral al momento de constituirse en actor civil y solicitar la respectiva reparación de los daños ocasionados a la víctima, a fin de reforzar la protección de sus derechos fundamentales y del principio de dignidad humana.

Referencias

- Banfi del Río, C. (2017). De la función punitiva de la responsabilidad aquiliana en Francia: Algunas implicancias para la comprensión del derecho de daños chileno. *Revista de Derecho (Valdivia)*, 30(1), 97–125. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502017000100005>
- Bardales Siguan, L. (2017). Un intento fallido de trasplante legal: Los punitive damages por despido arbitrario. *Gaceta Civil & Procesal Civil*, 52, 35–56.
- Benatti, F. (2020). Problemática sobre los daños punitivos. *Gaceta Civil & Procesal Civil*, 90, 11–22.
- Bolaños Rodríguez, M. (2022). Los daños punitivos por derrames petroleros: una mirada desde el análisis económico del derecho. *Lumen*, 18(1), 83–101. <https://doi.org/10.33539/lumen.2022.v18n1.2557>
- Buendía De Los Santos, E. (2020). El resarcimiento sancionador: A.K.A. “Daño punitivo”. Precisiones sobre un concepto foráneo. *Gaceta Civil & Procesal Civil*, 85, 145–186. <https://works.bepress.com/eduardo-buenda/19/>

- Cieza Mora, J., & Martínez Tarazona, K. (2020). Breve aproximación a los denominados daños punitivos. *Gaceta Civil & Procesal Civil*, 90, 23–48.
<https://cris.ulima.edu.pe/es/publications/breve-aproximaci%C3%B3n-de-los-denominados-da%C3%B1os-punitivos-una-mirada->
- Cornet, M. (2019). Los daños punitivos. *Revista Iberoamericana de Derecho Privado*, 9.
https://latam.lejister.com/articulos.php?Hash=63a52ac8597d0dc380fc80e70752e1dc&hash_t=90deaa79d44ace5584c55a96b8c10940
- Corral Talciani, H. (2004). *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual* (Primera edición). Editorial Jurídica de Chile.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1988). Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. San José, 29 de julio [Héctor Fix-Zamudio].
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2003). Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala. San José, 25 de noviembre [Antônio A. Cançado Trindade, presidente].
<https://jurisprudencia.corteidh.or.cr/vid/883974414>
- Corte Superior de Justicia de Huaura, Segundo Juzgado Penal Unipersonal (2018). Sentencia N.º45-Homicidio Culposo y Lesiones Culposas. Huaral.
- Corte Superior de Justicia de Lima, 27º Juzgado Especializado en lo Civil. (2023). Sentencia N.º76-Caso: Accidente de tránsito a consecuencia del mal estado de las vías públicas o de su falta o inadecuada señalización.
- Corte Superior de Justicia de Lima, Primera Sala Penal para procesos con Reos en Cárcel (2012). Exp. 18707-11- Caso: Homicidio Culposo. Lima, 21 de septiembre [Peña Farfán].
<https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2024/05/Exp.-18707-11-LPDerecho-02.pdf>
- Corte Superior de Justicia de Lima, Segundo Juzgado de Tránsito (2022). Sentencia N.º133, Exp. 408-2019. Caso Homicidio Culposo Agravado y Lesiones Culposas Agravadas. Lima, 6 de junio.
<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/59ee3e004a2fd94fb438f49026c349a4/EXPEDIENTE+N%C2%B0+408-2019-SENTENCIA+MELISA+GONZALEZ-ACCIDENTE+DE+TRANSITO+AV.+JAVIER+PRADO-6-6-2022.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=59ee3e004a2fd94fb438f49026c349a4>
- Corte Superior de Justicia de Lima. Cuarta Sala Penal Liquidadora (2016). Caso delito contra la Administración Pública- Colusión Desleal. <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2016/07/Sentencia-del-caso-Alexander-Kouri.pdf>
- Corte Superior de Justicia de Tumbes, Juzgado Civil Permanente. (2023). Sentencia N.º17, Exp. 310-2021.

- Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, Sala Civil Transitoria (2019). Casación 1714-2018 Caso: Daños ocasionados por Actividad Ferroviaria. Lima, 21 de enero.
<https://www.gacetajuridica.com.pe/boletin-nvnet/ar-web/Cas-1714-20189-Lima.pdf>
- Corte Suprema de Justicia del Perú, Primera Sala Penal Transitoria (2009). Recurso de Nulidad N.º449-2009-Lima. Caso: Querrela por Difamación Agravada. Lima, 9 de julio [Elvia Barrios Alvarado].
<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/49085c0040753c099069d099ab657107/RN+449-2009.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=49085c0040753c099069d099ab657107>
- Corte Suprema de Justicia del Perú, Segunda Sala Penal Transitoria (2007). Recurso de Nulidad N.º5385-2006-Lima. Caso: Delito de Terrorismo “Cúpula de Sendero”. Lima, 14 de diciembre [Javier Villa Stein].
<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/ce077a0040753cca90cdd099ab657107/7.+R.N.+5385-2006-Caso+C%C3%BApula+de+Sendero.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=ce077a0040753cca90cdd099ab657107>
- Cuarezma Terán, S. (1996). La Victimología. *Estudios básicos de derechos humanos*. IIDH
<http://biblioteca.corteidh.or.cr/tablas/a12064.pdf>
- Chang Hernández, G. (2017). Daños punitivos: el aporte de la Corte Suprema desde el V Pleno Jurisdiccional Supremo y Previsional. *Gaceta Civil & Procesal Civil*, 52, 23–31.
<https://biblioteca.amag.edu.pe/cgi-bin/koha/opac-detail.pl?biblionumber=28994>
- Chinchay Tuesta, A. (2010). Sobre la idoneidad de los Punitive Damages en los supuestos de Daños Ecológicos puros en el Perú: Análisis a la luz de las funciones de la Responsabilidad Civil por Daños al Medio Ambiente. En *Responsabilidad Civil* (1era Edición, Volumen III, pp. 275–295). Motivensa Editora Jurídica.
- De Trazegnies Granda, F. (2013). El derecho va al cine: intersecciones entre la visión artística y la visión jurídica de los problemas sociales (Primera edición). Universidad del Pacífico.
<https://repositorio.up.edu.pe/bitstream/handle/11354/2161/ONeillCecilia2013.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Del Rio Labarthe, G. del. (2010). La acción civil en el Nuevo Proceso Penal. *Derecho PUCP*, (65), 221-233. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201002.010>
- Demme, J. (Dir.) (1993). Philadelphia [Película, Drama]. TriStar Pictures.
- Espinoza Espinoza, J. (2017). Los daños punitivos creados por el V Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral y Previsional. *Gaceta Civil & Procesal Civil*, 52, 13–22.
- Espinoza Espinoza, J. (2021). Los daños punitivos creados por el V Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral y Previsional. *Derecho Civil. Aspectos teóricos y prácticos*. Grijley, Editorial Iustitia.

- Fernández Cruz, G. (2001). Las transformaciones funcionales de la responsabilidad civil: la óptica sistémica. Análisis de las funciones de incentivo o desincentivo y preventiva de la responsabilidad civil en los sistemas del civil law. *Ius Et Veritas*, 11(22), 11-33. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15986>
- Fleming, J. G. (1998). *The Law of Torts* (9th edition). The Law Book Co.
- Franzoni, M. (2022). Daño Punitivo y Orden Público. In J. L. Barandiarán & E. Deho (Eds.), *Derecho Civil y Postmodernidad*. Grijley.
- Gallo, P. (2000). ¿Daños Punitivos en Italia? *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, IV.
- García Huayama, J. C. (2020). El daño y su resarcimiento. Instituto Pacífico.
- García Long, S. (2020). ¿Aún un irritante legal? La experiencia peruana sobre los daños punitivos. *Gaceta Civil & Procesal Civil*, 90, 49–72. https://www.academia.edu/44779709/A%C3%BAun_un_irritante_legal_La_experiencia_peruana_sobre_los_da%C3%B1os_punitivos
- Gómez Tomillo, M. (2012). Punitive Damages: A European Criminal Law Approach. State Sanctions and the System of Guarantees. *European Journal on Criminal Policy and Research*, 19, 215–244. <https://doi.org/doi.org/10.1007/s10610-012-9186-y>
- Goudkamp, J., & Katsampouka, E. (2021). Punitive Damages and the Place of Punishment in Private Law. *The Modern Law Review*, 84(6), 1257–1293. <https://doi.org/10.1111/1468-2230.12654>
- Kemelmajer de Carlucci, Aída. (2009). Funciones y fines de la responsabilidad civil. En Moisset de Espanés, L. (ed. Lit.), *Homenaje a los congresos de Derecho Civil*. Córdoba: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.
- Merino Acuña, R. A. (2010). Análisis Crítico Del Régimen De Responsabilidad Civil por Accidentes Automovilísticos. Los costos de los accidentes (teóricos). *Diálogo con la Jurisprudencia*, 143.
- Ordoqui, G. (2019). Reflexiones sobre la Multa Civil. *Revista Iberoamericana de Derecho Privado*, 9. <https://www.pensamientocivil.com.ar/doctrina/4211-reflexiones-sobre-multa-civil>
- Ossola, F. (2016). *Responsabilidad Civil*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Papayannis, D. M. (2022). Responsabilidad civil (funciones). *Eunomía. Revista En Cultura de La Legalidad*, 22, 307–327. <https://doi.org/10.20318/eunomia.2022.6818>
- Pérez Fuentes, G. M. (2019). Los daños punitivos: análisis crítico desde el derecho comparado. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 1(154), 221. <https://doi.org/10.22201/ij.24484873e.2019.154.14143>
- Pizarro, R. D., & Vallespinos, C. G. (2019). *Manual de Responsabilidad Civil*. Tomo I. Rubinzal-Culzoni.
- Ponzanelli, G. (2022). ¿Alguna novedad respecto a los daños ejemplares? *En Derecho Civil y Postmodernidad*. Grijley. <https://libreriasgrijley.com/wp-content/uploads/2022/03/indice-Derecho-civil-y-Postmodernidad.pdf>

- Rodríguez Delgado, J. A. (1998). La reparación como sanción jurídico-penal. *Ius et Veritas*, 9(17), 28–44. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15790>
- Rojas Quiñones, S. (2012). Apología del potencial preventivo de la responsabilidad: desmitificación de la sanción en sede indemnizatoria. *Universitas*, 125, 339–375. <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/14257/11481>
- Rosenvald, N. (2013). *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil* (Segunda Edición). Atlas.
- Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2014). Amparo Directo 30/2013. Ciudad de México, 26 de febrero [Arturo Zaldívar Lelo de Larrea]. <https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/sentencias-emblematicas/resumen/2022-02/Resumen%20AD30-2013%20DGDH.pdf>
- Tamayo Jaramillo, J. (2015). *Clasificación de los Daños y Perjuicios. En Derecho Civil Extrapatrimonial y Responsabilidad Civil*. Gaceta Jurídica.
- Tantaleán Odar, R. (2016). Tipología de las investigaciones jurídicas. *Derecho & Cambio Social*, (43), 1–37. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5456267>
- Tantaleán Odar, R. (2017). Los daños punitivos. Breve nota. *Gaceta Civil & Procesal Civil*, (52), 57–68. https://www.derechocambiosocial.com/revista053/LOS_DANOS_PUNITIVOS.pdf
- Trimarchi, P. (2020). Responsabilità Civile Punitiva? *Rivista Di Diritto Civile*, (4), 687–722. https://edicolaprofessionale.com/bd/rivisteI0RW/88/388/10341388_00142433_2020_4.pdf
- Vaquer Aloy, A. (2010). *El concepto de Daño en el Derecho Comunitario. Responsabilidad Civil* (1° Edición, Volumen III). Motivensa Editora Jurídica.

Financiación

El presente artículo no cuenta con financiación específica de agencias de financiamiento en los sectores público o privado para su desarrollo y/o publicación.

Conflicto de interés

El autor del artículo declara no tener ningún conflicto de intereses en su realización.

© El autor. Este artículo en acceso abierto es publicado por Chornancap Revista Jurídica del Ilustre Colegio de Abogados de Lambayeque bajo los términos de la Licencia Internacional Creative Commons Attribution 4.0 (CC BY 4.0), que permite copiar y distribuir en cualquier material o formato, asimismo mezclar o transformar para cualquier fin, siempre y cuando sea reconocida la autoría de la creación original, debiéndose mencionar de manera visible y expresa al autor o autores y a la revista.

La Tenencia Compartida en Perú: análisis de sus efectos sobre el Principio de Interés Superior del Niño y Adolescente

Shared Tenancy in Peru: analysis of its effects on the Principle of Best Interest of the Child and Adolescent

Dora Carmela Ampuero Barrantes^{*,1,2}

Universidad Inca Garcilaso de la Vega (Lima, Perú)

abarrantesdora@uss.edu.pe

<https://orcid.org/0009-0002-8150-4093>

Recibido: 22/03/2024

Aprobado: 10/06/2024

Publicación online: 05/07/2024

Elián Yulai Bracamonte Alejandría^{1,2}

Universidad Señor de Sipán (Lambayeque, Perú)

balejandriae@uss.edu.pe

<https://orcid.org/0009-0003-7197-0696>

*Autor correspondiente

¹Abogada(o).

²Maestrante en Derecho Civil y Procesal Civil.

Grecia Brigitte Córdova Guerrero^{1,2}

Universidad Nacional Toribio Rodríguez de Mendoza (Amazonas, Perú)

cguerrero Grecia@uss.edu.pe

<https://orcid.org/0009-0008-5810-2639>

Greysi Rafael Vasquez^{1,2}

Universidad Nacional Toribio Rodríguez de Mendoza (Amazonas, Perú)

greysirafaelvasquez@gmail.com

<https://orcid.org/0009-0006-1156-2211>

Marco Antonio Rodríguez Durand^{1,2}

Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo (Lambayeque, Perú)

marodriguezdurand@gmail.com

<https://orcid.org/0009-0005-6988-7580>



Cómo citar este trabajo

Ampuero Barrantes, D. C., Bracamonte Alejandría, E. Y., Córdova Guerrero, G. B., Rafael Vasquez, G. y Rodríguez Durand, M.A. (2024). La Tenencia Compartida en Perú: análisis de sus efectos sobre el Principio de Interés Superior del Niño y Adolescente. *Chornancap Revista Jurídica*, 2(1), 81-97. <https://doi.org/10.61542/rjch.73>

RESUMEN

El artículo examina la reciente regulación de la tenencia compartida en Perú y su impacto en el Principio del Interés Superior del Niño y Adolescente. Se tienen en cuenta otros estudios realizados desde el derecho comparado. Se analizan las ventajas y desventajas de esta regulación en el desarrollo del menor, considerando los cambios introducidos por la nueva legislación. Se utiliza el método jurídico comparado basado en una revisión de la bibliografía desde un análisis documental en el que se revisan expedientes judiciales relacionados con la tenencia compartida en Perú. Se valora la influencia de los cambios normativos en la garantía del interés superior del menor. Se evalúan criterios que determinan la efectividad y posibles impactos de la tenencia compartida en las familias que la adoptan.

Palabras clave: Tenencia Compartida, Interés Superior del Niño, Alienación parental, Tenencia exclusiva, Régimen de visitas.

ABSTRACT

The article examines the recent regulation of shared possession in Peru and its impact on the Principle of the Best Interest of the Child and Adolescent. Other studies carried out from comparative law are taken into account. The advantages and disadvantages of this regulation in the development of the minor are analyzed, considering the changes introduced by the new legislation. The comparative legal method is used based on a review of the bibliography from a documentary analysis in which judicial files related to shared ownership in Peru are reviewed. The influence of regulatory changes in guaranteeing the best interests of the minor is assessed. Criteria that determine the effectiveness and possible impacts of shared ownership on the families that adopt it are evaluated.

Keywords: Shared Custody, Best Interest of the Child, Parental alienation, Sole custody, Visitation schedule.

Introducción

Los conflictos derivados de la separación matrimonial han generado disputas sobre la custodia de los hijos, llevando estos conflictos a los tribunales para decidir qué progenitor ejercerá la custodia. La promulgación de la Ley N.º 31590 en el 2022 modificó los artículos 81, 82, 83 y 84 del Código de los Niños y Adolescentes, estableciendo la tenencia compartida como regla general en los procesos de tenencia.

En los últimos años, la regulación de la tenencia compartida ha emergido como un tema central en el ámbito del derecho de familia en Perú. Esta modalidad, que busca equilibrar la responsabilidad parental y fomentar una mayor participación de ambos progenitores en la vida del menor, ha sido objeto de intensos debates y diversas interpretaciones. La reciente legislación sobre la tenencia compartida en Perú introduce cambios significativos en cómo se entiende y se practica la custodia de los menores, situando al Principio del Interés Superior del Niño y Adolescente como el eje principal de estas transformaciones. Este principio rector, fundamental en la protección de

los derechos de los menores, busca garantizar que todas las decisiones y actuaciones que les afecten se realicen teniendo en cuenta su bienestar y desarrollo integral.

El propósito de este artículo es examinar de manera crítica y exhaustiva la nueva regulación de la tenencia compartida en Perú y su impacto en el mencionado principio. Para lograrlo, se ha adoptado una perspectiva comparativa, considerando estudios y experiencias de otros países que han implementado políticas similares. Esta comparación no solo enriquece el análisis, sino que también permite situar la experiencia peruana en un marco más amplio y obtener una visión más completa y matizada sobre las ventajas y desventajas de la tenencia compartida.

La implementación de esta regulación en Perú se produce en un contexto de reformas legales y sociales que buscan adaptarse a las nuevas dinámicas familiares y a las necesidades cambiantes de la sociedad. La familia, como núcleo fundamental de la sociedad, ha experimentado transformaciones significativas en las últimas décadas, lo que ha llevado a la necesidad de actualizar las normativas que la regulan. En este sentido, la tenencia compartida surge como una respuesta a la creciente demanda de equidad y corresponsabilidad en el cuidado y crianza de los hijos. Sin embargo, esta modalidad no está exenta de controversias y desafíos, tanto en su aplicación práctica como en su aceptación social y cultural.

Para entender mejor estos cambios y su impacto, se han considerado estudios realizados desde el derecho comparado. La metodología empleada en este artículo se basa en una revisión exhaustiva de la bibliografía y un análisis documental de expedientes judiciales relacionados con la tenencia compartida en Perú. Este enfoque permite no solo evaluar la normativa actual, sino también analizar cómo se ha implementado en la práctica y cuáles han sido sus resultados concretos en la vida de los menores y sus familias.

El análisis de las ventajas y desventajas de la tenencia compartida se centra en cómo esta modalidad puede influir en el desarrollo integral del menor. La legislación reciente introduce cambios significativos que pueden tener repercusiones profundas en la vida de los niños y adolescentes involucrados. Entre las ventajas, se destacan la posibilidad de una mayor implicación de ambos padres en la vida cotidiana del menor, lo que puede contribuir a un desarrollo más equilibrado y a una relación más estrecha con ambos progenitores. Además, la tenencia compartida puede reducir el conflicto entre los padres al establecer un marco más claro y equitativo para la custodia y el cuidado de los hijos.

No obstante, también existen desventajas y desafíos asociados a la tenencia compartida. Uno de los principales es la necesidad de una cooperación y comunicación constante entre los padres, lo que puede ser difícil de lograr en situaciones de alto conflicto o donde existen diferencias irreconciliables. Asimismo, la tenencia compartida puede generar inestabilidad en la vida del menor

si no se maneja adecuadamente, especialmente en términos de cambios frecuentes de domicilio y ajustes a diferentes rutinas y entornos. Es crucial, por tanto, evaluar cuidadosamente cada caso para asegurar que esta modalidad realmente beneficie al menor y no se convierta en una fuente adicional de estrés o conflicto.

Este artículo emplea el método jurídico comparado, basado en una revisión exhaustiva de la bibliografía y un análisis de algunas sentencias relevantes relacionados con la tenencia compartida en Perú. Este enfoque permite no solo evaluar la normativa actual, sino también analizar cómo se ha implementado en la práctica y cuáles han sido sus resultados concretos en la vida de los menores y sus familias. Se busca valorar la influencia de los cambios normativos en la garantía del interés superior del menor, considerando tanto los aspectos positivos como los desafíos que presenta esta regulación.

Asimismo, se evalúan los criterios que determinan la efectividad y los posibles impactos de la tenencia compartida en las familias que la adoptan. Esta evaluación es crucial para comprender si la legislación vigente realmente favorece el bienestar y desarrollo de los menores, y qué ajustes podrían ser necesarios para optimizar su implementación en el contexto peruano. La revisión de expedientes judiciales y la comparación con experiencias internacionales proporcionan una base sólida para esta evaluación, permitiendo identificar buenas prácticas y áreas de mejora.

En conclusión, el presente artículo aspira a contribuir al debate académico y jurídico sobre la tenencia compartida en Perú, proporcionando un análisis detallado y crítico que pueda servir de base para futuras investigaciones y reformas en la materia. La comprensión profunda de los impactos de la tenencia compartida en el interés superior del menor es esencial para desarrollar políticas y prácticas que realmente protejan y promuevan el bienestar de los niños y adolescentes en nuestro país.

Metodología

La metodología empleada para este estudio implicó una revisión bibliográfica exhaustiva, considerando libros, revistas científicas, sitios web y demás fuentes de información relevante. Se busca delimitar la investigación de manera clara y precisa para responder a las necesidades del investigador y se organiza la información de manera sistemática para facilitar la comprensión y consulta por parte de otros investigadores. Se utiliza el método jurídico comparado fundamentado en Villabella Armengol (2018), marcado en el análisis y comparación de diferentes sistemas jurídicos para identificar similitudes, diferencias y posibles soluciones a problemas legales.

[84] Chornancap Revista Jurídica. Vol. 2 Núm. 1 (2024): 40° años del Código Civil peruano Ilustre Colegio de Abogados de Lambayeque, Perú

Revisión de la literatura

La tenencia compartida se reduce al ejercicio de la patria potestad de padres que por algún motivo se ha quebrantado el vínculo matrimonial o de convivencia, priorizando el derecho de los hijos menores en las relaciones con sus progenitores. Se estudia la mutabilidad de la tenencia compartida según el caso y se consideran factores como la proximidad entre los hogares de sus padres, la capacidad para establecer una comunicación efectiva. (Bravo Soto, 2023)

Desde una perspectiva histórica, el precedente más cercano de la tenencia compartida se remonta al sistema anglosajón, se tomó la primera decisión relevante al respecto. Posteriormente, esta práctica se expandió a países como Francia, Suecia y Canadá, estableciendo una amplia legislación en diecinueve estados de América del Norte. A nivel global, ha emergido como una tendencia consolidada el reconocimiento de la Tendencia o Guardia Compartida, siendo una elección madura de los padres después del divorcio. Esta tendencia ha demostrado ser beneficiosa para la convivencia entre padres e hijos, fomentando el crecimiento libre de los hijos en compañía de ambos progenitores. (Carrión Cornelio, 2020)

Ahora bien, respecto a la regulación de la Tenencia Compartida en países como España, Chile y Ecuador, tenemos lo siguiente:

En España, a través de la Ley N.º15, se incorporó esta figura jurídica, la cual fue bien recibida por la población; sin embargo, en los primeros años de su aplicación no se visualizaron resultados importantes, pues la sociedad, así como los especialistas de los juzgados, no estaban preparados para esta nueva regulación, además, la norma inició con lagunas, generando dificultad interpretativa y por ende problemas para su aplicación. Con el tiempo, las sentencias, expedidas sobre todo por el Tribunal Supremo, se convirtieron en un referente forzoso para conocer y abordar este tema en dicho país. (Avilés Hernández, 2021)

En Chile, a través de la Ley N.º20680, se modificó el Código Civil referente al cuidado personal del menor, incorporando el principio de Corresponsabilidad Parental, que eliminó el favoritismo de la progenitora y estableció el cuidado compartido; se definió este principio como aquel que sea cual fuere el trato que tengan los progenitores (convivencia o separación), estos deben participar sobre el crecimiento personal de sus hijos. El cuidado compartido solo resulta si hay acuerdo entre los padres, de lo contrario los hijos deben continuar en la protección del progenitor con quien estén viviendo; y, de estar frente a una custodia compartida, el Juez puede destinar dicha custodia a un solo progenitor si la situación y el bienestar del hijo lo requiere. (Truffello G., 2023)

En Ecuador, Cedeño Cobeña (2022) se refiere al régimen sobre tenencia compartida, respecto a ello señala que los padres gozan del mismo derecho, el cual se encuentra amparado en las normas internacionales y constitucionales. El objetivo principal es determinar si la igualdad de los progenitores se ve afectada si no se determina la “Tenencia Compartida”.

Por otro lado, hay autores que destacan la tenencia compartida como un beneficio para el menor, tal como se ve en la investigación realizada por Reyes Huallpa (2021) la cual tuvo como propósito principal, explorar los posibles impactos de la custodia simultánea en el crecimiento de los menores. El enfoque metodológico de la tesis se basó en el método cuantitativo a nivel básico, adoptando un enfoque deductivo y utilizando entrevistas como instrumento. Concluye que la tenencia compartida no genera ninguna afectación en el crecimiento de los menores.

Asimismo, Camino de Menchaca et al. (2023) refieren que de lo que se trata la “tenencia compartida” es que los progenitores tengan el mismo contacto y relación con los hijos, pues ante una separación de los padres, no puede verse afectado el menor, al contrario, debería concretarse aún más la relación paterno filial entre el progenitor y el hijo, como padres tienen el deber de velar por su salud mental y en lo que estos necesitan para obtenerla., evidenciándose así, conforme lo menciona Vivas Tesón (2012), una parte del derecho civil más humana, puesto que se reflejan emociones, deseos, convicciones, creencias, personalidades, entre padres, hijos, hermanos; y cuando estas relaciones armoniosas se alteran o destruyen por los mismos integrantes con conductas lesivas hacia el otro ser querido, se presenta la obligación de reparar los daños que se produce dentro del círculo familiar, aunado a ello el reproche social y moral. Con estas afirmaciones podemos destacar el quiebre de relaciones entre padres, las cuales influyen negativamente en el menor, el cual se ve afectado frente a un proceso de tenencia, esto es audiencias, evaluaciones psicológicas y socioeconómicas.

López (2019) detalla los aspectos legales y psicológicos de la tenencia compartida en situaciones de conflicto. La reforma estipula que ambos padres tendrán las mismas oportunidades para educar, asistir y cuidar a sus hijos, así como para ocuparse de su desarrollo social y psicológico. Además, ambos progenitores deberán prestar igual atención y cuidado durante el tiempo de custodia. Esta medida contribuirá a fortalecer los vínculos familiares, favoreciendo el desarrollo integral del menor.

También García (2020), con respecto al impacto psicológico que ocasiona al niño en la etapa de su desarrollo pudiendo ocasionar altos niveles de ansiedad y estrés que traen consigo problemas de Comportamiento al manifestar su angustia emocional a través de comportamientos disruptivos, agresividad, o retraimiento social.

Otros como, Hernández Sánchez (2022), aborda la importancia de implementar la figura del Coordinador Parental, dado que, si se aprueba la Nueva Ley, la Tenencia Compartida se convertiría en un requisito obligatorio y automático. No obstante, esta propuesta no considera adecuadamente el interés superior del menor ni aborda en profundidad temas cruciales como la violencia de género.

1. Regulación de la Tenencia Compartida en el Perú

La figura de la tenencia constituye esencialmente un procedimiento que ofrece la oportunidad a los padres de convivir con sus menores hijos, con el propósito fundamental de salvaguardar conjuntamente el bienestar de los menores, permitiéndoles su desarrollo en la sociedad.

Según las observaciones de Canales Torres (2014), la tutela se configura como una institución cuyo propósito es confiar la responsabilidad del cuidado de los menores a uno de sus progenitores después de una separación efectiva. Esta decisión se toma considerando las circunstancias más apropiadas para los NNA y así asegurar su bienestar, priorizando el interés superior del niño. En consecuencia, si uno de los padres se ve excluido de la tutela, esta responsabilidad recaerá en el otro progenitor.

En la legislación peruana, se destacan las modificaciones legislativas, primero con la Ley N.º29269 en el 2018 y luego con la Ley N.º31590 en el 2022. La última ley convierte la tenencia compartida en la regla general, otorgando al magistrado la discrecionalidad de excepcionalmente conceder la tenencia exclusiva en situaciones particulares. Se analizan las motivaciones legislativas para este cambio y se examinan las condiciones y criterios establecidos para garantizar el interés superior del niño.

Se advierte un progreso significativo en relación con la regulación de la tenencia compartida, modificando de manera fundamental su enfoque al priorizar su aplicación como la opción preferente y, en circunstancias excepcionales, contemplar la concesión de la tenencia exclusiva. La existencia de un acuerdo extrajudicial entre ambos progenitores garantiza el éxito de la tenencia compartida, y en muchos casos, se concluye que la custodia de uno de los progenitores, combinada con un régimen de visitas adecuado, se presenta como la solución más adecuada para la tranquilidad emocional del niño y el adolescente. (Torres Morales, 2023)

Con la nueva norma (Ley N.º 31590) se verifica que la tenencia compartida no podrá ser ejercida si el hijo se ve perjudicado por esta situación; sin embargo, tal situación tiene que ser probada ante el sistema judicial, de no ser así y sin un pronunciamiento de fondo, la tenencia compartida seguirá rigiendo en el Perú. Ante esta nueva regulación, la Defensa Pública y el

Ministerio de la Mujer, estuvieron en total desacuerdo, pues son de la opinión que para establecer la tenencia compartida debe evaluarse cada caso familiar. (León, 2022)

El padre siempre pretenderá una custodia compartida, manifestando su derecho a pasar tiempo con sus hijos, el mismo que pasa con la madre, es decir en igualdad de condiciones, sin detenerse a pensar si esta es una figura que funcionará en su hogar. Tal como lo precisa el doctor Benjamín Aguilar, la situación de los progenitores generalmente son muy distintas, empezando por la situación económica, pues en algunos casos puede la madre tener mayores comodidades que el padre o viceversa.

El régimen de la tenencia compartida puede traer desventajas, las que van a afectar al menor, entre ellas tenemos:

- a) Si los progenitores residen en lugares alejados el uno del otro, les corresponde tener al menor, tres días y medio cada uno, siendo así, el menor se encontraría viajando todas las semanas, llevando consigo sus cuadernos, libros, ropa, etc. ¿Sería esta situación positiva para el menor?
- b) Sobre las reglas de conducta a las que debe regirse el menor, pues cada padre tendrá sus reglas en su casa, debiendo el menor adecuarse a las reglas de su papá cuando le corresponda quedarse con él, y a las reglas de su mamá cuando se encuentre con ella. debe Respecto a las reglas de conducta. En ese sentido, el niño entraría en confusión, por las diferentes conductas que deberá asumir en el hogar de cada uno de los progenitores, concluyendo así que esta forma de vivencia no favorece a su desarrollo, pues debería existir un acuerdo entre los padres a fin de establecer las mismas reglas, las cuales deben ser beneficiosas para el menor.
- c) Otro punto a considerar es la ausencia de uno de los progenitores en el día a día del NNA, para posteriormente exigir una custodia en igualdad de condiciones, de darse la razón a dicho progenitor, se estaría exponiendo al NNA a vivir con un individuo que desconoce, lo que podría generar en él un problema psicológico.

En estos casos el juez juega un papel muy importante, pues tendrá que aplicar este régimen teniendo como prioridad garantizar el “Interés Superior del Menor”, pues emitir una decisión incorrecta podría afectar la integridad del menor. Este principio, tiene como fin objetivo proteger que los menores tengan un normal desarrollo de su niñez y sobre todo tengan una vida digna, situación que debe ser tutelado por el estado, por tanto, el juez debe analizar este principio, propiciando aspecto más beneficio para el menor y sobre todo que prevalezcan el derecho del menor, como principio fundamental en los procesos de tenencia. (Torres Morales (2023); Bravo Soto (2023))

2. Interés Superior del Niño y Adolescente y su implicancia en la Tenencia Compartida

Los derechos de los menores están protegidos por el interés superior del menor como un dispositivo internacional, mismo que se usa para limitar que se produzca situaciones de arbitrariedad que pueda darse en cualquier proceso que los involucre, pues es un principio rector de sus derechos garantizado por el Estado, por lo que, la decisión o fallo judicial debe tener como fin asegurar satisfacer absolutamente los intereses del menor para proteger su integridad. (Chambi Chambilla & Agüero Valencia, 2023)

En Ecuador, Quevedo-Sacoto et al. (2020) señalan que la problemática de la tenencia compartida, considerando el interés superior de los niños, niñas y adolescentes, requiere equilibrar las responsabilidades de ambos padres en cuanto a la guarda y el cuidado de sus hijos. Proponen un modelo de ejercicio conjunto de la patria potestad que otorgue iguales obligaciones y derechos a ambos progenitores en relación con la educación y el desarrollo de sus hijos.

Asimismo, Torres Morales (2023) refiere que, el “Principio del Interés Superior del Niño”, en el presente tema, se basa respecto al “desarrollo integral del niño y del adolescente en el seno de una familia en la que se encuentre: amor, comprensión y felicidad, es decir, se trata de buscar el bienestar integral del menor”. Al respecto, De Torres Perea (2021), refiere que se debe tener presente tres aspectos o factores que son condición para dar la tenencia compartida, los cuales son la igualdad de género, el interés superior del niño y la violencia de género; además, aborda la situación en la que no existe armonía entre los padres y si ha existido alguna denuncia ya sea de índole psicológico o físico. El enfoque del autor es relevante y se ajusta a la discusión sobre la tenencia compartida y su vinculación con el interés de igualdad de género y el bienestar del niño.

Finalmente, indica que esto no se trata de una cuestión jurídica, por lo tanto, no puede ser evaluada bajo esos criterios, considerando que se debe valorar el aspecto psicológico y sociológico de los progenitores, llegando a la conclusión que, ante ello, para otorgar la custodia del menor a ambos progenitores, se debe preferir el interés superior del niño. Por tanto, resulta de suma importancia que al momento de determinar la tenencia compartida se señalen o instituyan criterios o reglas que no perjudiquen al menor, si bien es cierto, es importante que el menor crezca junto a sus dos padres, primero debe evaluarse las situaciones a las cuales pueden ser expuestos los menores al establecerse que conviva con ambos progenitores separados y con realidades distintas, lo cual puede afectar al menor.

Por otro lado, la Casación N.º 3767-2015-Cusco, precisa sobre la necesidad de una buena relación entre los progenitores del menor, a fin de poder cumplir con lo que se resuelve

jurisdiccionalmente; del estudio de autos se tiene que ambos padres tienen problemas interpersonales no solucionados, dificultando que la tenencia compartida se dé correctamente; también tenemos la importancia de recurrir a las evaluaciones por especialistas y la manifestación del menor, todo ello en cuanto es beneficioso para el menor que ambos progenitores se encuentren presente en cada etapa de su crianza, fortaleciendo lazos fuertes con ambos, en la casación analizada se tiene que se resolvió fundada en parte la solicitud del progenitor, a fin de que el menor no sufra algún impacto psicológico negativo.

Así pues, en La Libertad, en un caso de tenencia, al solicitarse la guarda y custodia exclusiva de su hijo menor, el magistrado previa valoración de las evaluaciones psicológicas, socioeconómicas, practicadas por el equipo multidisciplinario, desestimó esta solicitud declarando infundada la demanda interpuesta por la demandante, regulando la supervisión al régimen de visitas, y que la comunicación fuera progresiva, con lo demás que contiene en dicha sentencia, se puede dilucidar que se tomó en cuenta el bienestar de la menor, quien debe tener una relación plena y buena con ambos padres, priorizando y dando énfasis al interés superior del niño.

La nueva reforma, trae consigo aspectos que están lejanos a la realidad de las familias en el Perú y su aplicación generará aspectos negativos, principalmente en su aplicación, por cuanto la norma prescribe que el menor debe pasar igual tiempo con ambos progenitores, no obstante, eso no es factible en una sociedad como la nuestra, pues causara aspectos negativos en la toma conjunta de las decisiones que deban tomar respecto del hijo; estas reglas son de difícil aplicación y conllevará a un conflicto familiar permanente. (Pontificia Universidad Católica del Perú, 2022)

En la Casación N.º 2309-2015 –Lima Sur “Principio del Interés Superior del Niño, en los Casos de Tenencia de Menor”, en su fundamento 4.9, establece que para dilucidar los casos de tenencia se debe priorizar el interés superior del menor, tomando como criterios rectores su bienestar integral y el respeto a los derechos que este tiene reconocidos, con concordancia con la Convención sobre los Derechos del Niño, quienes requieren de cuidados especiales, con el objetivo de garantizar la protección efectiva de sus derechos e intereses.

La Organización Internacional *Save the Children*, refiere que este nuevo régimen vulnera el derecho de los menores, estableciendo excepcionalmente la tenencia exclusiva, dando prioridad a la tenencia compartida, evita que las autoridades competentes investiguen a fondo los casos en los que resulte necesario aplicar este tipo de tenencia. Asimismo, refiere que el establecer la tenencia compartida conlleva a una posible exposición de los NNA a posibles hechos de violencia, pues en algunos casos los NNA vienen de hogares en los que ocurren este tipo de actos, no contemplando la norma la imposibilidad de que los progenitores lleguen a un acuerdo, afectando de esta manera

[90] Chornancap Revista Jurídica. Vol. 2 Núm. 1 (2024): 40° años del Código Civil peruano Ilustre Colegio de Abogados de Lambayeque, Perú

el bienestar del menor y la posibilidad que los mismos pasen el mayor tiempo de su vida en peligro. (Save the Children, 2022)

En ese sentido, la realidad normativa del Perú, obliga a que los juzgadores procuren siempre tomar decisiones que garanticen el interés superior del niño, es decir, buscar situaciones que no les afecten o que más los favorezcan, siempre en el menor tiempo requerido, para lo cual el juez debe emitir sus fallos con imparcialidad, evitando obrar como cumplidor de la voluntad de las partes. Asimismo, se ha visto que para solucionar este conflicto de tenencia, se puede acudir tanto a una instancia judicial, pero también a una extrajudicial; sin embargo, a nuestro parecer ninguna de ellas es garantista del principio bajo comentario, pues conforme lo señala Chambi Chambilla & Agüero Valencia (2023), si bien es cierto el artículo 7 de la Ley 26872 – ley de Conciliación- exigen que se dé la aplicación del principio del interés superior del niño, no se hace referencia a la forma en cómo se debe proceder, ya que la conciliación una manifestación de la voluntad inter parts, el conciliador se va a adherir a las voluntades de las partes, por lo que se duda que al final dichos acuerdos protejan el interés superior del menor.

Por otro lado, la vida del menor va a sufrir cambios desde la separación de sus padres, lo cual le va a acarrear cambios en su conducta y en la forma de percibir las cosas, así como lo indica Acosta Rodríguez (2017), al sostener que la tenencia compartida quebranta el Derecho del niño a su normal crecimiento, al exponerlo a tipos de vivencias distintas, al obligarlo de manera abrupta a cambiar su lugar de residencia para iniciar una convivencia con cada uno de sus padres en tiempos equitativos asignado a cada progenitor; dicha situación a la que es expuesto el menor, transgrede los alcances del Principio del Interés Superior del Niño.

Otros como Villamar Jiménez (2023) aducen que amparado en este principio se mantienen las relaciones afectivas entre progenitores y los menores, ya que, en la tenencia monoparental, suele suceder que se advierte un alejamiento del padre que no ostenta la tenencia.

Finalmente, cabe precisar que no todos son de esta opinión, pues en las legislaciones internacionales donde no se regula la tenencia compartida, los estudiosos del derecho consideran que la existencia de la misma garantizaría el principio del interés superior del niño, conforme así lo da a conocer Acosta Luzuriaga (2017) al considerar en su trabajo de investigación denominado “El Interés Superior Del Niño y La Custodia Compartida”, que tanto los abogados y jueces de la materia a los cuales encuestó, de manera mayoritaria, son de la opinión de que es necesaria que se normativice la custodia compartida en la normatividad de Ecuador, a fin de que no se violente el interés superior de los niños. De igual parecer es Mazache & Sánchez (2022) al sostener que la ejecución de la tenencia compartida en relación con los derechos de los NNA tiene dentro de sus efectos positivos el desarrollo de los menores como una atención de suma prioridad, eliminándose

la separación entre la relación del progenitor y el hijo. Criterios, que por experiencia nacional y de acuerdo a los fundamentos antes mencionados no compartimos.

Rojas Villarreal (2020), en su tesis de investigación, señala que la aplicación de la tenencia compartida en nuestra legislación, vulnera el interés superior del niño y adolescente, por cuanto su aplicación en muchos casos afecta la salud emocional y por consiguiente genera daños en el normal desarrollo del menor, siendo esta afectación uno de los problemas principales en la modificación de la Tenencia en la legislación peruana, un claro ejemplo son los casos, en los se presenta el SAP, por cuanto los padres se enfrascan en un conflicto judicial para obtener la custodia de los menores, sin tener en cuenta el daño emocional que le puedan generar.

Discusión

Como se ha visto *ut supra*, la modificación de los artículos 81º, 82º, 83º y 84º del Código de los Niños y Adolescentes, establece la aplicación de la tenencia compartida como regla general; en ese sentido, el juez al aplicar ese tipo de tenencia, estaría estableciendo que los padres deben tener una convivencia con sus hijos de manera proporcional, sin embargo, conforme como hemos podido ver en el presente trabajo, no debemos perder de vista, que la Ley N.º29269 en su modificación de artículos 81º y 84º del C.N.A, establece que el juez debe decidir y garantizar el bienestar del menor valorando de manera correcta no solo los medios probatorios admitidos al proceso, sino también las pericias en correspondencia con la declaración del menor en los procesos puestos a su criterio.

Resulta necesario mencionar en este punto, la importancia de escuchar a los menores en los procesos en cuestión, conforme lo señala la Casación N.º74-2018-Lima, afirmando que de ese modo se expresa la voluntad de estos de vivir con el padre, afirmando que tienen mayor confianza y se sienten mejor atendidos por él. En ese sentido, el juez no solo debe valerse de las pruebas aportadas, de los informes periciales, sino también de la opinión del menor, siendo un deber priorizar del principio del interés superior del niño, siendo así, el juez deberá evaluar cada caso en particular para determinar la tenencia evitando tener como regla general la tenencia compartida.

Por consiguiente, si bien la tenencia compartida, puede ser vista más para una situación conciliatoria de los padres separados, no obstante, en la práctica no se advierte el consenso entre ellos, ya que muchas veces los hijos constituyen objeto de conflicto entre sus progenitores, por cuanto la separación trae consigo muchas veces, una sed de venganza; sin embargo, se advierte que nuestros legisladores regularon la tenencia compartida, como una forma de garantizar los derechos del NAA, otorgando a los padres el derecho y la responsabilidad de proteger a sus hijos en igualdad de condiciones.

Asimismo, en la Casación N.° 3023-2017-Lima, se resolvió conceder la tenencia de la adolescente a la madre, manifestado el recurrente que no se ha tomado en cuenta lo previsto en el artículo 81° del CNA, respecto al punto que de no existir acuerdo entre los progenitores se debe designar la tenencia compartida; sin embargo, la Corte Suprema en su considerando sexto, refiere que se ha realizado una correcta valoración de las pruebas, pues se ha teniendo en cuenta la identificación plena de la adolescente con su progenitora, la cual ha sido corroborada con la entrevista de la adolescente. Nuevamente se evidencia que, los jueces en el Perú antes de asignar la custodia compartida a los padres tendrán en cuenta primero el bienestar de los NNA.

En ese sentido, tras la nueva regulación de la tenencia compartida, se cuestiona la nueva regulación, que instituye la tenencia compartida como regla general, por cuanto consideramos que no es una forma de garantizar el bienestar del menor, o en todo caso, no se podría aplicar en su mayoría a todos los casos, siendo así, carece de fundamento jurídico y práctico establecer la tenencia compartida como la regla general, por cuanto se estaría vulnerando el interés del menor, al exponerlo a cambios no solo emocionales, sino físicos, por cuanto, exponemos al menor a convivir un periodo con el padre, otro tiempo con la madre, sabiendo además que los menores desarrollan apegos o vínculos, no solo con el progenitor con el que pasa más tiempo, si no con familiares, amigos, etc., afectando su normal desarrollo psicosocial, por lo tanto, si el juez concluye en aplicar la tenencia compartida por etapas distintos a favor de los padres, a nuestro criterio estaría afectando el desarrollo emocional del menor.

Por otro lado, no se debe dejar de citar las consecuencias posteriores a la fijación de la tenencia compartida, respecto a esta problemática, se debe considerar que los legisladores, no han tenido en cuenta los aspectos negativos que conlleva la aplicación de la tenencia en su modalidad de compartida como regla general en el desarrollo del menor, si bien es cierto se evalúan criterios (artículo 84 del C.N.N) como el espacio o periodo que el menor debe convivir con sus progenitores, la igualdad de las padres en la toma de decisiones, la educación, la crianza, la formación, protección, entre otros, no obstante consideramos que dichos criterios no son suficientes para asumir que se está garantizando el interés del menor, recordemos que la figura de la Tenencia, está pensada en una institución jurídica que se le otorga al progenitor que tiene las condiciones para garantizar el bienestar de su menor hijo.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta, que también se presenta un problema, si se determina que se debe adjudicar la custodia a uno de los padres, pues se pueden ocasionar serias afectaciones en la integridad física y psicológica del menor, conforme lo señala Gallardo (2019), en los fallos emitidos existe una vulneración a los derechos del padre, ya que muchas veces se decide otorgar o dar preferencia a la progenitora, lo que produce secuelas psicológicas en los menores, de quienes se debe buscar su estabilidad emocional, lo cual implica su desarrollo emocional y

psicológico, es decir el niño va desarrollando o construyendo su identidad, teniendo como factores a las instituciones como la familia, el colegio, el barrio, etc., garantizar la estabilidad emocional del menor es vital, y es responsabilidad de los padres brindar un ambiente adecuado para ello. Siendo así, no vemos garantizado el principio del interés superior del niño, tal y como lo señala Acosta Luzuriaga (2017), para quien este principio se infringe cuando se implanta temporalmente la custodia compartida, ya que el menor se ve sujeto, como ya lo mencionamos, a repentinos cambios, como el cambio de hábitos, al alternar de manera temporal entre dos familias.

Conclusiones

El tema de la Tenencia Compartida no se agota con la modificación de esta figura o institución jurídica, sino que esto nos conlleva a realizar un análisis casuístico, ya que, por lo general en nuestra sociedad, las familias presentan muchas asimetrías y realidades distintas, propias de su cultura y sus costumbres; no obstante, si es necesario establecer criterios o indicadores que permiten al magistrado en tema de familias, tener un mayores criterios que le ayuden a mejor decidir sobre quién debe tener la tenencia y custodia del menor, para ello ya existen criterios establecidos, como la edad, por cuanto a través de ésta se evalúa el grado de madurez, aspecto importante para valorar su declaración, la presencia o no del SAP en el menor, lo que nos obliga a evaluar su entorno psicosocial, su aspecto físico y mental, entre otros aspectos o indicadores, por tanto, resulta de suma importancia establecer criterios sumados a los ya establecidos por la jurisprudencia o la doctrina, que nos permitan sobre todo garantizar el normal desarrollo del menor, y esto constituye una tarea no solo de los operadores jurídicos o los legisladores, sino de los abogados en general y de las organismos encargadas de vigilar y garantizar el bienestar de sus menores hijos.

La nueva regulación de la tenencia compartida en el Perú, al aplicarse como regla general, no considera cada caso específico, relegando la tenencia exclusiva a uno de los padres. Esto puede afectar a los menores identificados con un progenitor, obligándolos a vivir en dos casas diferentes y a adaptarse a reglas de conducta distintas, lo que podría confundir su desarrollo personal y comportamiento.

Del análisis se concluye que la imposición de la tenencia compartida como regla general puede perjudicar el desarrollo emocional y psicológico de niños y adolescentes, vulnerando su interés superior. Dado que las familias en nuestra sociedad son muy diversas y algunos padres viven en lugares distantes, los cambios constantes de ambiente y relaciones pueden afectar la estabilidad emocional del menor, además, los conflictos entre los progenitores también pueden causar daño y en razón a ello, se considera que los jueces no deben imponer la tenencia compartida como criterio principal.

[94] Chornancap Revista Jurídica. Vol. 2 Núm. 1 (2024): 40° años del Código Civil peruano Ilustre Colegio de Abogados de Lambayeque, Perú

Referencias

- Acosta Luzuriaga, E. (2017). *El interés superior del niño y la custodia compartida* [Tesis para obtener el título de abogado, Universidad Técnica de Ambato]. <http://repositorio.uta.edu.ec/jspui/bitstream/123456789/24712/1/FJCS-DE-991.pdf>
- Acosta Rodríguez, C. (2017). *La aplicación del principio de interés superior del niño, al fijarse la tenencia compartida en periodos cortos*. [Tesis para obtener el título de abogado, Universidad Privada Antenor Orrego]. <https://repositorio.upao.edu.pe/handle/20.500.12759/3087>
- Avilés Hernández, M. (2021). La custodia compartida en España. Estudio de la jurisprudencia emanada del Tribunal Supremo tras la reforma legislativa y su impacto a nivel práctico. *Ius et Praxis*, 27(1), 95–120. <https://doi.org/10.4067/S0718-00122021000100095>
- Bravo Soto, D. (2023). La Tenencia Compartida: ¿Problema o solución frente al desarrollo de los niños, niñas y adolescentes? *Sapientia & Iustitia*, 6, 111–131. <https://doi.org/10.35626/sapientia.6.3.50>
- Camino de Menchaca, M. J., Pardo Castro, M., & Varsi-Rospigliosi, E. (2023). Inviabilidad de un régimen legal especial para la tenencia compartida de niños y niñas con discapacidad en el Perú. *Acta Bioethica*, 29(1), 113–125. <https://doi.org/10.4067/S1726-569X2023000100113>
- Canales Torres, C. (2014). *Patria potestad y tenencia: Nuevos criterios de otorgamiento, pérdida o suspensión*. *Gaceta Jurídica* 1(1).
- Carrión Cornelio, T. (2020). *La tenencia compartida en el Perú*. [Tesis para obtener el título de abogado, Universidad San Pedro]. <https://repositorio.usanpedro.edu.pe/items/b027d3f0-9e51-44a8-b21d-21b41dc95e83>
- Cedeño Cobeña, J. (2022). El derecho de igualdad frente a la tenencia compartida en el Ecuador. *Revista Multidisciplinaria de Innovación y Estudios Aplicados*, 7(4), 930–954. <https://polodelconocimiento.com/ojs/index.php/es/article/view/3867/html>.
- Chambi Chambilla, K., & Agüero Valencia, K. (2023). *Análisis de la protección del principio del interés superior del niño en los procedimientos de conciliación sobre tenencia*. [Tesis para optar el título profesional de Abogada, Universidad Católica San Pablo] <https://repositorio.ucsp.edu.pe/backend/api/core/bitstreams/49617450-f2e6-4dd0-b6ee-e786ca3dd773/content>
- Corte Suprema de Justicia (2016). Sentencia N°2309-2015, Lima Sur, 12 de abril. <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2021/07/2309.pdf>
- Corte Suprema de Justicia (2018). Casación N°3023-2017, Lima, 17 de setiembre. <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2020/09/Casacion-3023-2017-Lima-LP.pdf>

- Corte Suprema de Justicia (2018). Sentencia N°74-2018, Lima, 19 de noviembre. <https://lpderecho.pe/tenencia-menores-voluntad-menor-maduro-adolescente-casacion-74-2018-lima/>
- De Torres Perea, J. (2021). Estudio de la custodia compartida en la última década: Una lucha socio-jurídica de ámbito global al borde de una nueva etapa. *InDret*. <https://doi.org/10.31009/InDret.2021.i4.04>
- García, M. (2020). La tenencia compartida y su impacto en el desarrollo psicológico de los niños. *Revista de Psicología Infantil*, 10(2), 45–58.
- Hernández Sánchez, D. (2022). Tenencia compartida: la necesidad del coordinador parental en el Perú. *WARMÍ*, 2(2), 59–73. <https://doi.org/10.46363/warmi.v2i2.4>
- León, L. (2022). *Entra en vigor ley que hace la tenencia compartida de hijos la regla general*. Philippi Prietocarrizosa Ferrero DU&Uría. <https://ppulegal.com/ppu-legal/ley-hace-la-tenencia-compartida-de-hijos/>
- López, A. (2019). Aspectos legales y psicológicos de la tenencia compartida en situaciones de conflicto familiar. *Revista de Derecho de Familia*, 3(2), 78–92.
- Mazache, G., & Sánchez, A. (2022). *La tenencia compartida y su viabilidad en el CONA con enfoque en el interés superior del niño*. [Tesis para obtener el título de abogado, Universidad de Guayaquil]. <https://repositorio.ug.edu.ec/server/api/core/bitstreams/c12ddc47-7f2d-4af5-97f2-06d7ce2999ec/content>
- Pontificia Universidad Católica del Perú. (2022). *¿Cuáles son las implicaciones de la nueva ley que regula la tenencia compartida?* <https://facultad-derecho.pucp.edu.pe/ventana-juridica/cuales-son-las-implicancias-de-la-nueva-ley-que-regula-la-tenencia-compartida/>
- Quevedo-Sacoto, D., Erazo-Álvarez, J., Robalino-Peña, E., & Narváez-Zurita, C. (2020). Problemática de tenencia compartida a partir del interés superior de los niños, niñas y adolescentes. *Iustitia Socialis*, 5(1), 678. <https://doi.org/10.35381/racji.v5i1.636>
- Reyes Huallpa, S. L. (2021). *La tenencia compartida y la afectación del interés superior del niño y adolescente en el distrito de Villa El Salvador – 2019*. [Tesis para obtener el título de abogada, Universidad Autónoma del Perú]. <https://repositorio.autonoma.edu.pe/handle/20.500.13067/1327>
- Rojas Villarreal, E. (2020). *Tenencia compartida en el interés superior del niño y adolescente en Trujillo en el año 2018*. [Tesis para obtener el título de abogada, Universidad Privada del Norte]. <https://hdl.handle.net/11537/25778>
- Save the Children. (2022, October 14). *Save the Children exige derogar la ley sobre Tenencia Compartida automática*. Save the Children. <https://www.savethechildren.org.pe/noticias/save-the-children-exige-derogar-ley-sobre-tenencia-compartida-automatica/>

- Torres Morales, S. A. (2023). *La Tenencia Compartida, ¿solución o problema?* Torres y Torres Lara Abogados. <https://tytl.com.pe/la-tenencia-compartida-solucion-o-problema/>
- Truffello G., P. (2023). Responsabilidad parental y cuidado personal compartido- Regulación en Uruguay, Argentina, Italia y España. *Biblioteca Del Congreso Nacional de Chile*. https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/35525/2/BCN_cuidado_compartido_comparado_2023_VF_pdf.pdf
- Villabella Armengol, C. M. (2018). *Los métodos en la investigación jurídica. Algunas precisiones*. <https://www.studocu.com/pe/document/universidad-nacional-de-san-antonio-abad-del-cusco/metodologia-de-la-investigacion/metodos-en-la-investigacion-juridica/67528281>
- Villamar Jiménez, M. G. (2023). *Tenencia Compartida En El Interés Superior Del Niño, Análisis, Crítica y Recomendaciones*. Universidad de Guayaquil.
- Vivas Tesón, I. (2012). Daños en las relaciones familiares. *Pensar - Revista de Ciências Jurídicas*, 17(2), 523–538. <https://doi.org/10.5020/23172150.2012.523-538>

Financiación

El presente artículo no cuenta con financiación específica de agencias de financiamiento en los sectores público o privado para su desarrollo y/o publicación.

Conflicto de interés

Los autores del artículo declaran no tener ningún conflicto de intereses en su realización.

© Los autores. Este artículo en acceso abierto es publicado por Chornancap Revista Jurídica del Ilustre Colegio de Abogados de Lambayeque bajo los términos de la Licencia Internacional Creative Commons Attribution 4.0 (CC BY 4.0), que permite copiar y distribuir en cualquier material o formato, asimismo mezclar o transformar para cualquier fin, siempre y cuando sea reconocida la autoría de la creación original, debiéndose mencionar de manera visible y expresa al autor o autores y a la revista.

Análisis de la aplicación del proceso contencioso y contencioso administrativo en la legislación y jurisprudencia del Tribunal Agroambiental de Bolivia

Analysis of the application of the contentious and contentious-administrative process in the legislation and jurisprudence of the Bolivian Agro-environmental Court

Nicole Daiana Villalta Villarpando*¹

Tribunal Agroambiental de Bolivia (Sucre, Bolivia)

daianavillarpando@gmail.com

<https://orcid.org/0009-0000-8303-1870>

Recibido: 05/04/2024

Aprobado: 10/06/2024

Publicación online: 05/07/2024

Jessica Bernarde Torres Montaño¹

Procuraduría General del Estado de Bolivia (El Alto, Bolivia)

jhessicatorres.jt646@gmail.com

<https://orcid.org/0009-0002-4218-914X>

*Autor corresponsal

¹Licenciada en Ciencias Jurídicas, Sociales y Políticas por la Universidad San Francisco de Chuquisaca.



Cómo citar este trabajo

Villalta Villarpando, N. D. y Torres Montaño, J. B. (2024). Análisis de la aplicación del proceso contencioso y contencioso administrativo en la legislación y jurisprudencia del Tribunal Agroambiental de Bolivia. *Chornancap Revista Jurídica*, 2(1), 99-113. <https://doi.org/10.61542/rjch.74>

RESUMEN

El presente trabajo, pretende abordar un estudio contrastado acerca de la aplicación del proceso contencioso y contencioso administrativo en base a su estrecha relación con la evolución legislativa nacional en Bolivia, así como, las facultades atribuidas al Tribunal Agroambiental para la revisión y resolución de este proceso desde la jurisprudencia emitida en materia agraria; bajo el enfoque principal del desarrollo investigativo a las actuaciones judiciales contra resoluciones de saneamiento. Siendo el tratamiento de dicha temática un tópico que merece ser considerado por su aporte teórico que se traduce en un mejor entendimiento de este proceso para su correcta aplicación en el campo de acción jurisdiccional. Asimismo, se discuten las limitaciones y desafíos del proceso en cuestión, añadiendo la necesidad de aclarar la legislación y consistencia de su aplicación en resoluciones de saneamiento. Como también, la importancia de la jurisprudencia en la diferenciación del proceso contencioso y el proceso contencioso administrativo, y la necesidad de examinar si los actos administrativos fueron llevados a cabo dentro de los márgenes de la normativa que regula dicha tramitación. Por lo tanto, este estudio proporciona una perspectiva detallada

sobre un aspecto crucial del sistema judicial, ofreciendo perspectivas que pueden mejorar la práctica legal en este campo.

Palabras clave: Saneamiento, Contencioso, Jurisdicción agroambiental, Proceso.

ABSTRACT

The present work, intends to approach a contrasted study about the application of the contentious and contentious-administrative process based on its close relationship with the national legislative evolution in Bolivia, as well as, the faculties attributed to the Agro-environmental Court for the review and resolution of this process from the jurisprudence issued in agrarian matters; under the main focus of the investigative development to the judicial actions against sanitation resolutions. The treatment of this topic deserves to be considered for its theoretical contribution that translates into a better understanding of this process for its correct application in the field of jurisdictional action. Likewise, the limitations and challenges of the process in question are discussed, adding the need to clarify the legislation and consistency of its application in reorganization resolutions. Also, the importance of the jurisprudence in the differentiation of the contentious process and the administrative contentious process, and the need to examine whether the administrative acts were carried out within the margins of the regulations governing such processing. Therefore, this study provides a detailed perspective on a crucial aspect of the judicial system, offering insights that can improve legal practice in this field.

Keywords: Sanitation, Contentious, Agro-environmental jurisdiction, Process.

Introducción

El Tribunal Agroambiental de Bolivia, es una institución judicial de singular relevancia en el contexto agrario y medioambiental, que se caracteriza por ser el Máximo Tribunal especializado en la Jurisdicción Agroambiental. El Tribunal tiene la responsabilidad de impartir justicia en asuntos agrarios, forestales, pecuarios, ambientales, de aguas y biodiversidad. Esto se fundamenta en principios clave como la función social, la integralidad, la inmediatez, la sustentabilidad y la interculturalidad. Nuestro compromiso es asegurar la protección de los derechos de los ciudadanos bolivianos y del medio ambiente, siempre priorizando el cumplimiento riguroso de la ley y la Constitución Política del Estado.

Esta alta corte de justicia en particular, desempeña un papel crucial al abordar litigios relacionados con la protección del medio ambiente y los derechos de las comunidades indígenas sobre sus territorios ancestrales. Su labor se fundamenta en la comprensión profunda de la interconexión entre la humanidad y la naturaleza, reflejada en la cosmovisión andina y en la necesidad de proteger la Pachamama para las generaciones presentes y futuras. Por tanto, al fortalecer y promover el entendimiento de los procesos judiciales agroambientales, se contribuye no solo a la resolución de conflictos legales, sino también a la preservación del bienestar de todas las formas de vida que la habitan.

En ese sentido, al hablar del proceso contencioso y contencioso administrativo, nos permitimos abordarlo como una herramienta fundamental en la protección de los derechos de los individuos y sus intereses jurídicamente protegido que permite impugnar decisiones administrativas que se consideren lesivas o injustas y genere resoluciones de las mismas por parte del Tribunal.

La relevancia que se desprende de la jurisdicción contenciosa administrativa en el sistema jurídico boliviano es incuestionable, dado la obligatoriedad de proteger los derechos individuales y privados, el control del poder del Estado y la promoción del Estado de derecho en Bolivia, lo que confiere al proceso como un rol fundamental en el sistema jurídico del país.

Teniendo en cuenta lo anterior, en esta investigación, nos centraremos en el análisis de la aplicación del proceso contencioso y contencioso administrativo en Bolivia, desde el planteamiento de la evolución legislativa nacional y las facultades atribuidas al Tribunal Agroambiental para la revisión y resolución de este proceso en materia agraria.

1. Surgimiento y bases del proceso contencioso y contencioso administrativo

Según León Martínez (2011), el proceso contencioso administrativo tiene sus raíces en Francia, donde las normas legislativas que lo establecieron se remontan al Decreto del 22 de diciembre de 1789. Aunque este decreto fue crucial para el establecimiento del régimen administrativo en la mayoría de los países del mundo occidental, es importante destacar que su influencia en la configuración exacta de los sistemas jurisdiccionales administrativos ha sido limitada. Esto se debe a que cada sistema jurídico ha evolucionado de manera única y arraigada en sus propias tradiciones, lo que dificulta su traslado directo a otros contextos legales.

Por consiguiente, si bien la jurisdicción contenciosa administrativa francesa ha marcado un punto de referencia para otros países, se reconoce que, por los elementos sustanciales y las causas fundadoras que la integran, el valimiento de la aplicación de la misma en otro sistema jurídico, como el nuestro, se entiende meramente en base a principios fundadores de interpretación teleológica y no así a un bloque de normas adaptadas a nuestra legislación.

Por otro lado, en la República del Perú, el proceso contencioso – administrativo se comprende cómo proceso de control jurisdiccional externo de la actuación administrativa, que permite a los ciudadanos impugnar las decisiones de la administración pública que consideren injustas, ilegales o arbitrarias. De manera que este proceso, está diseñado para garantizar el respeto al derecho de los ciudadanos peruanos y la legalidad de los actos administrativos, como explica el doctrinario Danós Ordóñez (2007):

En el Perú el Proceso Contencioso- Administrativo constituye el proceso específico previsto por la Constitución para la impugnación ante el Poder Judicial de las decisiones de la Administración Pública a fin de verificar la legitimidad de la actuación de todas las entidades administrativas. Como sabemos, a través del Proceso Contencioso se asegura uno de los principios fundamentales del Estado de Derecho, que es la sujeción de toda actividad administrativa a la legalidad. Por lo tanto, aquellos afectados por acciones administrativas que vulneren sus derechos e intereses tienen el derecho constitucional de recurrir al Poder Judicial para buscar la reparación jurídica de sus reclamos contra la Administración Pública. (p. 175)

De ahí que, este proceso no se limita únicamente al ámbito de la administración pública; más bien, reconoce que el Estado de Derecho implica que dicha administración esté sujeta a la legalidad y sea responsable ante los ciudadanos. Por tanto, este proceso, se contempla como una piedra angular de la democracia y el Estado de Derecho del Perú, al garantizar la rendición de cuentas, la transparencia y la protección de los derechos individuales frente al poder estatal.

En lo que respecta a la normativa que regula el ámbito contencioso, la Constitución Política del Perú, específicamente en su Capítulo VIII dedicado al Poder Judicial, establece en el artículo 148 sobre la Acción Contencioso Administrativa: "Las resoluciones administrativas que adquieren carácter definitivo pueden ser impugnadas a través de la acción contencioso-administrativa".

Así también, la Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo N.º27584 del Perú, que regula a nivel nacional los recursos administrativos lleva como finalidad:

La acción contencioso administrativa establecida en el Artículo 148 de la Constitución Política tiene como objetivo principal el control judicial de las actuaciones de la administración pública conforme al derecho administrativo, así como la protección efectiva de los derechos e intereses de los administrados.

Según los términos de esta Ley, se denomina proceso contencioso administrativo a esta acción contencioso administrativa. (Congreso de la República, 1993)

Entonces, en el cuerpo normativo peruano, se llega a establecer como un "proceso" a la acción contencioso administrativo que sirve de mecanismo tutelar de los administrados y se enfatiza de carácter formal y estructurado, brindando a los ciudadanos peruanos un medio ordenado y eficaz para hacer valer sus derechos frente a la administración pública.

Durante el CLXX Seminario de Derecho Tributario en Perú, se hace mención al concepto de Ramón Huapaya Tapia, respecto a la doble finalidad del proceso contencioso administrativo:

(...) tanto como instrumento de control de legalidad, como instrumento de tutela subjetiva de ciudadano. Precisamente esta finalidad explícita del proceso contencioso-administrativo lo convierte en un medio ordinario preferente para el control jurisdiccional de la Administración Pública, tanto por la amplitud de los poderes de contralor otorgador al juez, por la capacidad es este último para apreciar estrictamente la juricidad de la actuación de la Administración Pública y del sometimiento de esta última a los fines que la justifican. (Ministerio de Economía y Finanzas del Perú, 2018)

Así también, la Juez Superior Titular de la Corte de Lima, Jiménez Vargas-Machuca (2012), explica que:

En resumen, el sistema procesal brinda una protección especial al administrado frente a la administración, reconociendo la desigualdad inherente entre ambas partes. Así, el modelo actual del Proceso Contencioso Administrativo no solo se caracteriza por ser objetivo, sino también por ser subjetivo o de plena jurisdicción, como se ha explicado anteriormente. (pp. 21-33)

Lo anterior, resalta y resume la dualidad que se presenta en el proceso contencioso administrativo y subraya la importancia del proceso como un mecanismo central para garantizar el cumplimiento de la legalidad por parte de la administración pública del Perú, paralelamente que protege los intereses individuales de los ciudadanos. Además, destaca el papel crucial del juez en este proceso, quien posee amplios poderes de contralor para evaluar rigurosamente la legalidad de la actuación administrativa y garantizar su conformidad con los principios que la justifican.

Desde la perspectiva de su regulación constitucional, podemos distinguir las diferencias iniciales entre el proceso contencioso administrativo en Perú y Bolivia. En Perú, se permite impugnar las resoluciones administrativas definitivas mediante la acción contencioso-administrativa, mientras que, en Bolivia, la competencia está asignada al Tribunal Agroambiental para resolver diversos recursos y actos administrativos de su naturaleza.

En cuanto a los alcances y restricciones, el proceso contencioso administrativo en Perú está sólidamente establecido en la Constitución y ha evolucionado para proteger los derechos de los administrados. Por otro lado, en Bolivia, su alcance se restringe principalmente a demandas contra actos y resoluciones del poder público relacionados con recursos naturales, lo que limita su aplicación en comparación con otros sistemas legales.

Ahora bien, en Bolivia, el proceso contencioso administrativo tiene sus primeros antecedentes con el Decreto Supremo de fecha 24 de diciembre de 1857 que establecía normas procedimentales destinadas a la sustanciación de conflictos en la vía administrativa por medio de

la Ley 30 de septiembre de 1871, como resultado de una doctrina que excluye fundamentalmente a la sede judicial, que atribuyó a los jueces y tribunales conocer las causas Contencioso Administrativas con dos evidentes derivaciones; a) Las que resulten de contratos o negociaciones que realice el poder ejecutivo, b) Las demandas del contencioso administrativo que dieran lugar las resoluciones del Poder Ejecutivo. (León Martínez, 2011)

Hoy en día, la responsabilidad de conocer y resolver los procesos contencioso-administrativos recae en el Órgano Judicial, según lo establecido en el artículo 189 numeral III de la Constitución Política del Estado. Esto abarca acuerdos, actos o resoluciones legales en temas agroambientales. Además, la Ley Transitoria para la Tramitación de los Procesos Contenciosos y Contencioso Administrativos ha establecido la estructura de los Tribunales de Justicia encargados de estos asuntos. Al igual que, la Ley N.º2341 sobre Procedimiento Administrativo (2002) que señala al proceso contencioso-administrativo como instancia posterior al recurso jerárquico ante el Tribunal Supremo. En palabras de la jurisprudencia constitucional, se puede describir al proceso contencioso-administrativo como:

Un trámite que se presenta para impugnar en la vía judicial resoluciones emitidas por el Estado (...), donde una vez agotados los recursos de impugnación y cuando así corresponda, el particular puede iniciar el citado proceso contencioso administrativo ante la autoridad jurisdiccional, si considera que sus intereses legítimos o derechos subjetivos fueron lesionados o perjudicados a causa de una determinación del Estado o cuando exista oposición entre el interés público y privado. (Sentencia Constitucional Plurinacional 0088/2019-S3, 2019, FJ. III.2)

En ese orden de ideas, la base jurisprudencial enriquece la noción reglamentada del proceso contencioso-administrativo en los espacios judiciales, donde estos ocupan una posición de garantes de los derechos fundamentales en el ejercicio de su función tutelar en la jurisdicción ordinaria, para que así la justicia administrativa conserve observación de la Ley y el Derecho (Sotomayor Terceros, 2016)

Por otro lado, la jurisprudencia aclara el razonamiento jurídico y diferencia del proceso contencioso:

(...) el proceso contencioso “puro” se instituyó para resolver conflictos que se susciten en el desarrollo y la ejecución de bienes o servicios contratados por el Estado, además los que resulten de las negociaciones o concesiones del Órgano Ejecutivo, en ese sentido, (...) en los procesos contenciosos administrativos realizan un control de legalidad de todo lo obrado en la administración pública. (Sentencia Constitucional Plurinacional 0602/2017-S3, 2017, FJ. I.3.2.)

Sin embargo, la norma suprema también prevé en su artículo 179.I la existencia de jurisdicción especializada, la cual debe ser regulada por ley. En este contexto, se promulgó la Ley de Transición para el Tribunal Supremo de Justicia, el Tribunal Agroambiental, el Consejo de la Magistratura y el Tribunal Constitucional Plurinacional Ley N.º212 de 23 de diciembre de 2011-, que en su artículo 10.I determina que:

La Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia conocerá las causas contenciosas que resultaren de los contratos, negociaciones y concesiones del Órgano Ejecutivo, y de las demandas contenciosas- administrativas, a que dieron lugar las resoluciones del mismo; hasta que sean reguladas por ley como Jurisdicción Especializada. (Sentencia Constitucional Plurinacional 0088/2019-S3, 2019, FJ. III.2)

Posteriormente, el 19 de noviembre de 2013, se promulgó el Código Procesal Civil, que en su Disposición Final Tercera determinó:

De conformidad a lo previsto por la Disposición Transitoria Décima de la Ley N.º 025 de 24 de junio de 2010, Ley del Órgano Judicial, quedan vigentes los Artículos 775 al 781 del Código de Procedimiento Civil, sobre Procesos: Contencioso y Resultante de los Contratos, Negociaciones y Concesiones del Poder Ejecutivo y Contencioso Administrativo a que dieron lugar las resoluciones del Poder Ejecutivo, hasta que sean regulados por Ley como jurisdicción especializada. (Sentencia Constitucional Plurinacional 0088/2019-S3, 2019)

Finalmente, se promulgó la Ley Transitoria para la Tramitación de los Procesos Contenciosos y Contenciosos Administrativos- Ley N.º620 de 29 de diciembre de 2014-, la cual dispuso lo siguiente: “Se deroga el Parágrafo I del Artículo 10 de la Ley N.º212 de 23 de diciembre de 2011, de Transición para el Tribunal Supremo de Justicia, Tribunal Agroambiental, Consejo de la Magistratura y Tribunal Constitucional Plurinacional”, e incluyó en su artículo 4 lo siguiente:

Para la tramitación de los procesos contenciosos y contenciosos administrativos, se aplicarán los Artículos 775 al 781 del Código de Procedimiento Civil, hasta que sean regulados por Ley, como jurisdicción especializada, conforme establece la Disposición Final Tercera de la Ley N.º 439 de 19 de noviembre de 2013, Código Procesal Civil. (Sentencia Constitucional Plurinacional 0088/2019-S3, 2019)

Esta ley fue promulgada con el propósito de regular de forma transitoria la tramitación de los procesos contenciosos y contencioso-administrativos, así como de establecer la estructura del Tribunal Supremo de Justicia y de los Tribunales Departamentales. Se crearon Salas especializadas denominadas Contenciosa y Contenciosa Administrativa, las cuales definieron sus atribuciones y regularon de manera específica la tramitación y sustanciación de dichos procesos.

En este caso los dos sistemas contencioso – administrativos distinguen siempre la existencia de elementos constitutivos que presentan a los juicios administrativos como una disciplina procesal especial. La existencia de esta especialidad corresponde al contenido de las normas y en forma alguna a los sistemas instituidos (Sentencia Constitucional Plurinacional 0057/2021-S4, 2021)

En suma, el contencioso administrativo se refiere al estudio procesal de los litigios en los que la administración pública es parte. En estos casos, se analiza cómo la actividad administrativa se relaciona con los elementos esenciales del proceso: organización, procedimiento y aplicación de la normativa. Esto implica la ejecución y aplicación de la normativa cuando surge un litigio.

2. Elementos diferenciadores y caracterizadores

Por lo expuesto anteriormente, la evolutiva jurisprudencia y base legal, garantizan el marco diferenciador de los procesos ya conocidos, así como los componentes caracterizadores de la materia contenciosa y contenciosa-administrativa que se enmarca.

Desde este marco constitucional y legal, se observa claramente la diferencia entre estos procesos. El proceso contencioso surge de disputas vinculadas a contratos, negociaciones y concesiones realizadas por el Gobierno Central u otras entidades públicas o privadas con funciones administrativas a nivel nacional. También puede originarse en gobiernos autónomos departamentales, municipales, indígenas originarios campesinos, regionales y en universidades públicas, así como en otras entidades estatales a nivel departamental. En estos casos, la competencia recae en la Sala Contenciosa y Contenciosa Administrativa de los Tribunales Departamentales de Justicia. Respecto a los recursos disponibles, en caso de una resolución en el proceso contencioso, procede el recurso de casación de la siguiente manera: a) En los procesos contenciosos ante las Salas Contenciosas y Contenciosas Administrativas de los Tribunales Departamentales de Justicia, la Sala Contenciosa y Contenciosa Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia es competente para resolver los recursos de casación; y b) En los procesos contenciosos tramitados en la Sala Contenciosa y Contenciosa Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, la Sala Plena de dicho Tribunal es la instancia encargada de resolver los recursos de casación.

En contraste, el proceso contencioso administrativo se centra en impugnar, mediante procedimientos judiciales, las resoluciones emitidas por el Estado. Estas resoluciones no suelen contar con otra vía interna para su modificación o revocación por parte de la entidad pública que las emitió. Este proceso actúa como una forma de control judicial sobre las acciones administrativas. A diferencia del proceso contencioso, que permite recursos adicionales contra la resolución dictada, el proceso contencioso administrativo no admite más recursos y debe seguir un

curso estrictamente legal. En este contexto, se evalúa si ha habido alguna restricción o limitación indebida de derechos durante los recursos legales presentados ante la administración, según lo dispuesto por la Ley 2341. Esto implica que, una vez agotados los recursos de impugnación administrativa y en caso de considerar que sus intereses legítimos o derechos subjetivos fueron afectados por una decisión estatal, o en situaciones de conflicto entre el interés público y privado, el individuo puede iniciar el mencionado proceso contencioso administrativo ante la autoridad judicial competente.

Por ende, en consideración a las diferencias sustanciales y procesales, podemos concluir que ambos procesos extraen por doctrina una aplicación diferencial, esto se plasma en las competencias del Tribunal Supremo de Justicia, Tribunales Departamentales y el Tribunal Agroambiental, respecto a la aplicación del proceso contencioso y el proceso contencioso administrativo respectivamente.

3. Proceso contencioso administrativo en materia agraria

Al respecto sobre el proceso contencioso administrativo se traduce como jurisdiccional y defensivo del derecho del administrado, es tramitado en única instancia como de puro derecho ante el Tribunal Agroambiental, cuyo conocimiento corresponde a una de sus Salas, por medio de éste se someten a control constitucional de legalidad, los actos administrativos emitidos por la autoridad administrativa competente. (Sentencia Constitucional Plurinacional 0057/2021-S4, 2021)

El mismo, es competencia de la jurisdicción agroambiental especializada, donde el conocimiento de los procesos contencioso administrativos, que tengan como controversia planteada por las partes emergentes de una Resolución de infracción administrativa, vinculada a los procesos agroambientales, que se caracterizan como: Derechos en el ámbito de la agricultura, silvicultura, conservación del medio ambiente, gestión del agua, biodiversidad y sus aspectos asociados, además de las licencias concedidas por la autoridad ambiental competente.

Tal proceso que en doctrina ha sido definido por Terán (2004) como:

El proceso contencioso administrativo en materia agraria, tiene por finalidad que el órgano jurisdiccional revise si los administradores aplicaron correctamente las normas que rigen sus actos durante la sustanciación del trámite en sede administrativa, sin lesionar los intereses del administrado. (p. 29)

Por cuanto de conformidad al art. 36.3 de la Ley N.º1715 modificada por la Ley N.º3545, es competencia de las Salas del Tribunal Agrario Nacional, entre otras, el conocimiento de procesos

contencioso administrativos; encontrándose facultado el Tribunal Agrario Nacional para examinar los actos administrativos y las disposiciones legales aplicadas en sede administrativa durante la sustanciación del trámite de saneamiento, que son impugnadas por los demandantes, efectuando de esta manera el correspondiente control de legalidad y determinando si la resolución impugnada emerge de un debido proceso (Tribunal Agroambiental, 2011)

Con todo lo expuesto, el presente proceso emite control judicial con el fin de verificar la legalidad de los actos realizados por el Estado mediante sus funcionarios administrativos, bajo el objetivo de precautelar los intereses y derechos del administrado. De modo que, en virtud de actuar dentro del marco de legalidad, la autoridad jurisdiccional asume competencia para conocer sobre la demanda contenciosa-administrativa y precautelar los actos administrativos que se hayan desarrollado en la facultad de sus competencias, y que esta acción esté ajustada a las reglas preestablecidas y principios jurídicos de la materia, de tal manera que el acto administrativo esté exento de vicios que afecten a su validez y eficacia jurídica, teniendo como marco de análisis y pronunciamiento, los términos establecidos en la demanda y contestación. (Sentencia Tribunal Ambiental, Expediente N.º2449/09, 2011)

Por consiguiente, el proceso contencioso administrativo en la materia expresa, a través de su jurisprudencia, el rigor interpretativo sobre la etapa administrativa en un escenario de transparencia jurídica, que evalúa y distribuye cumplimiento de los desarrollos procesales en las disciplinas correctas, proyectado en las resoluciones y sentencias agrarias.

4. Aplicación de proceso contencioso administrativo contra resoluciones de saneamiento

Enfatizando más en el escenario peculiar, los mandatos administrativos emitidos por el Instituto Nacional de Reforma Agraria y/o por el Primer Mandatario del Estado Plurinacional de Bolivia junto con el Ministerio de Desarrollo Rural y Tierras, se motivan cuando hubieran lesionado derechos de los particulares o sus intereses jurídicamente protegidos. Tras consumado del procedimiento de saneamiento en cualquiera de sus variantes, las resoluciones emitidas podrían ser conjuntamente o de forma indiferenciada: abrogativas, modificatorias, confirmatorias, constitutivas y de reversión.

En estos casos, se considera como dictamen jurídico las Resoluciones Supremas, los fallos agrarios con títulos ejecutoriales y las Resoluciones Administrativas emitidas por el director nacional del INRA (Artículo 67 de la Ley 1715, modificado por la Ley 3545). Todas estas son conocidas como Resoluciones Finales de Saneamiento.

En caso de que una Resolución Final de Saneamiento afecte los intereses de un propietario o poseedor de un predio que haya sido objeto de proceso de saneamiento, dicho

propietario o poseedor puede interponer una demanda contenciosa administrativa ante el Tribunal Agroambiental, conforme a las competencias establecidas en los artículos 36.3 de la Ley 1715 modificada por la Ley 3545, así como los artículos 7, 186 y 189.3 de la Constitución Política del Estado. (Sentencia Constitucional Plurinacional 0057/2021-S4, 2021)

Con relación a ello, corresponde examinar si los actos administrativos fueron llevados a cabo dentro de los márgenes de la normativa que regula dicha tramitación, y si éstas incidieron en la decisión final del proceso de saneamiento. Por ende, el requisito fundamental para la sustentación de esta petición es la discrepancia entre el interés general y el privativo.

En este contexto, el saneamiento se define como el procedimiento técnico-jurídico destinado a regularizar y perfeccionar el derecho de propiedad agraria. Según lo establecido en el artículo 66-I-1) y 6) de la Ley N.º1715, las finalidades del saneamiento de la propiedad agraria incluyen, entre otras, la titulación de las tierras que están cumpliendo la función económico-social o función social, conforme a los parámetros definidos en el artículo 2 de la misma ley especial, siempre que hayan estado en esa situación durante al menos dos años antes de su publicación, sin necesidad de trámites agrarios previos y sin afectar derechos legalmente adquiridos por terceros. Además, el saneamiento busca validar títulos que presenten defectos de nulidad relativa, siempre y cuando la tierra cumpla con la función económico-social correspondiente. (Tribunal Agroambiental, 2011)

Al respecto, el procesalista Santiago Fassi, refirió lo siguiente: “La cuestión de puro derecho no depende de la inexistencia de hechos controvertidos, pues puede haberlos y la dificultad versa sobre la valoración de pruebas agregadas a los autos, en cuyo caso, tampoco cabe apertura de prueba”. (Sentencia Constitucional Plurinacional 0057/2021-S4, 2011)

En consecuencia, la reformada Normativa de Reubicación Comunal de la Reforma Agraria, en sus artículos 64 al 68, dispone que las resoluciones surgidas del procedimiento de saneamiento serán objetadas ante el máximo tribunal de la justicia agroambiental, únicamente por proceso contencioso administrativo, bajo plazo y notificación. Y en aras de garantizar un efectivo proceso y el compromiso de actuar bajo el control de legalidad, las obligaciones atribuidas a las autoridades jurisdiccionales, constan en lineamientos propios y constitucionales.

Conclusiones

Así pues, se puede observar que, dentro del ordenamiento jurídico boliviano, los órganos judiciales ocupan una destacada posición como custodios de los derechos fundamentales, que, al ejercer su tarea de tutela jurisdiccional ordinaria, en base a la consideración de la doctrina

precedentemente señalada, debido a que el aspecto crucial de la justicia administrativa radica en preservar esa adherencia a la ley y la normativa jurídica.

Esto en concordancia al carácter híbrido del procedimiento de estos litigios, tanto los de naturaleza contenciosa como los de índole contencioso-administrativa, que ya por sus características esenciales se puede dar la posibilidad de transgredir el debido proceso debido a la aplicación de la reglamentación en consonancia con el principio de seguridad jurídica, lo cual constituye un punto débil y una amenaza en el actual ordenamiento jurídico en materia civil.

Por lo que se puede indicar, el proceso contencioso se tramita en las Salas de Jurisdicción Contenciosa y Contenciosa Administrativa de los Tribunales Departamentales de Justicia, y en la Sala de Jurisdicción Contenciosa y Contenciosa Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia. Por otro lado, el trámite contencioso administrativo persigue salvaguardar la armonía del orden, exigiendo a la administración conducirse bajo la égida de las disposiciones legales que gobiernan el ejercicio de sus competencias y prerrogativas, erigiéndose como el baluarte de la justicia administrativa, tramitándose de puro derecho ante el Máximo Tribunal Supremo de Justicia y el Ilustre Tribunal Agroambiental en sus salas respectivas, particularmente en relación a resoluciones carentes de alternativas o medios para ser modificadas o revocadas por la entidad pública emisora; a diferencia del proceso contencioso, contra la resolución que ponga fin al procedimiento mencionado en estos casos no procede recurso ulterior, como el de casación.

Tal mención es necesaria puesto que se han repetido confusiones en su elemento de alcance procesal o, simplemente en la parte conceptual, que muchas veces se ha intentado manifestar en la aplicación del proceso incorrecto por vías no idóneas o no obedeciendo las características esenciales y sustanciales que se desprenden de cada una.

Es por estas percepciones equívocas o confusas, respecto a ambos procesos, que se traducen en confusiones de derecho adjetivo, que inclusive trascienden a la justicia constitucional que cobra un equivocado uso, puesto que se desprende del análisis de la jurisprudencia de este tribunal, costumbres atentatorias contra la seguridad jurídica que intentan utilizar acciones previstas en la jurisdicción constitucional como vía recursiva para solucionar conflictos que se deberían sustanciar en la jurisdicción contenciosa administrativa.

Ya que en cuanto a los procesos culminados contra de resoluciones dictadas por autoridad administrativa, los demandantes disponen de la vía idónea y adecuada para actuar ante las Salas Contenciosas y resolver el problema pendiente, sin embargo, el desconocimiento de obrar ante el mencionado, desemboca un equivocado uso de la vía correspondiente, por tal, los casos administrativos que se levanten con la intención de ser concluidos en otra vía, como ser por ejemplo la constitucional, terminan en acciones denegadas o sin proceder.

Es por tanto que, se manifiesta la necesidad de reparar la consolidación de los trámites del litigio contencioso y el litigio administrativo contencioso, en consideración a sus características; y por lo previsto en los preceptos normativos de nuestra legislación. Ya que, en el contexto de la protección a la Pachamama, es esencial la adecuada tramitación de estos procesos para protección de los derechos individuales en el sistema judicial boliviano y las prácticas ancestrales de preservación ambiental, enfoque integral refuerza la importancia de la justicia agroambiental como una herramienta fundamental en el marco legal boliviano.

Para finalizar, se insta a profundizar en los debates académicos de índole jurídica que se plasmen en investigaciones que aporten soluciones a los procesos y sirvan como elementos de juicio relativos en la materia que se ventila ante los Tribunales indicados, tanto de jurisdicción ordinaria como agroambiental.

Referencias

- Araujo Alonso, M. (2012). Fundamentos del análisis crítico: concepto de validez y condiciones básicas para el análisis. *Medwave*, 12(01), 5293–5293. <https://doi.org/10.5867/medwave.2012.01.5293>
- Asamblea Legislativa Plurinacional de Bolivia. (2014). *Ley N.º620 - Ley transitoria para la Tramitación de los Procesos Contencioso y Contencioso Administrativo*. Bolivia, 29 de diciembre. <https://tsj.bo/wp-content/uploads/2019/11/ley-620-para-la-tramitacio%CC%81n-de-los-procesos-contencioso-y-contencios-administrativo.pdf>
- Asamblea Nacional Constituyente de Bolivia. (1871). *Ley N.º30-09-1871*. Bolivia, 30 de septiembre. <https://www.vobolex.org/bolivia/ley-30-09-1871-del-30-septiembre-1871>
- Congreso de la República. (1993). *Constitución Política del Perú*. Jurista Editores EIRL. [https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/198518/Constitucion Política del Peru 1993.pdf](https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/198518/Constitucion%20Politica%20del%20Peru%201993.pdf)
- Congreso Nacional de Bolivia. (1996). *Ley N.º1715 - Ley de Servicio Nacional de Reforma Agraria*. Bolivia, 18 de octubre. <https://www.lexivox.org/norms/BO-L-1715.html>
- Congreso Nacional de Bolivia. (2002). *Ley N.º2341 - Ley sobre el Procedimiento Administrativo*. Bolivia, 23 de abril. https://www.oas.org/en/sla/dlc/mesicic/docs/blv_res24.pdf
- Congreso Nacional de Bolivia. (2006). *Ley N.º3545 - Modificación de la Ley N.º1715 de Reconducción de la Reforma Agraria*. Bolivia, 28 de noviembre. https://www.tribunalagroambiental.bo/wp-content/uploads/2021/01/ley_3545gaceta.pdf
- Congreso Nacional de Bolivia. (2011). *Ley N.º212 - Ley de Transición para el Tribunal Supremo de Justicia, Tribunal Agroambiental, Consejo de la Magistratura y Tribunal Constitucional*

- Plurinacional. Bolivia, 23 de diciembre.
<https://tcpbolivia.bo/tcp/sites/default/files/pdf/normas/ley212/ley212.pdf>
- Danós Ordóñez, J. (2007). El proceso contencioso-administrativo en el Perú. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, 3(13), 167. <https://doi.org/10.21056/aec.v3i13.719>
- El Congreso de la República. (2001). *Ley N.º27584 - Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo*. Lima, 22 de noviembre.
<https://cdn.gacetajuridica.com.pe/laley/Ley%20que%20Regula%20el%20Proceso%20Contencioso%20Administrativo.pdf>
- Estado Plurinacional de Bolivia. (1975). *Código Procesal Civil - Decreto Ley N.º12760*. Bolivia, 6 de agosto. <https://www.lexivox.org/norms/BO-COD-DL12760A.html>
- Jiménez Vargas-Machuca, R. (2012). Los Principios del Proceso Contencioso Administrativo. *Revista de Derecho Administrativo-Pontificia Universidad Católica Del Perú*, (11), 21-33. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13543>
- León Martínez, G. (2011). *Reformas a la Jurisdicción Contencioso Administrativa en Bolivia*. [Tesis de Grado, Universidad Mayor de San Andrés]. <https://repositorio.umsa.bo/bitstream/handle/123456789/13446/T3551.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Ministerio de Economía y Finanzas del Perú. (2018). *Boletín CLXX de Derecho Tributario*. Perú. https://www.mef.gov.pe/defensoria/boletines/CLXX_dcho_tributario_2018.pdf
- Miranda Terán, E. (2004). Guía de procedimientos de la Judicatura Agraria. Tribunal Agrario Nacional.
- Presidente Provisorio de la República de Bolivia. (1857). *Decreto Supremo N.º24-12-1857*. Bolivia, 24 de diciembre. <https://www.vobolex.org/bolivia/decreto-supremo-24-12-1857-1-del-24-diciembre-1857>
- Sotomayor Terceros, O. (2016). Perspectiva histórica del control judicial de la administración pública en Bolivia - Primera Parte. *Revista Jurídica Derecho*, 4(5). 79-92
http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2413-28102016000200007
- Tribunal Agroambiental de Bolivia. (2011). Exp. N.º2449/09, Sentencia Agraria Nacional S1ª N.º03/2011. Santa Cruz, 14 de enero [Dr. Iván Gantier Lemoine]. <https://arbol.tribunalagroambiental.bo/consultas/web/index.php?r=site%2Fvisorresoluciondos&idresolucion=7181>
- Tribunal Constitucional Plurinacional. (2017). Exp. N.º17357-2016-35-AAC, Sentencia 0602/2017-S3. Sucre, 26 de junio [Dra. Neldy Virginia Andrade Martínez] <https://juristeca.com/bo/tcp/sentencias/2017/06/sentencia-constitucional-plurinacional-0602-2017-s3>

Tribunal Constitucional Plurinacional. (2019). Exp. N.º25315-2018-51-AAC, Sentencia 0088/2019-S3. Sucre, 15 de marzo [Orlando Ceballos Acuña]. <https://jurisprudenciaconstitucional.com/resolucion/39058-sentencia-constitucional-plurinacional-0088-2019-s3>

Tribunal Constitucional Plurinacional. (2021). Exp. N.º29656-2019-60-AAC, Sentencia 0057/2021-S4. Sucre, 29 de marzo [MSc. Karem Lorena Gallardo Sejas]. <https://juristeca.com/bo/tcp/sentencias/2021/03/sentencia-constitucional-plurinacional-0057-2021-s3>

Financiación

El presente artículo no cuenta con financiación específica de agencias de financiamiento en los sectores público o privado para su desarrollo y/o publicación.

Conflicto de interés

Las autoras del artículo declaran no tener ningún conflicto de intereses en su realización.

© Las autoras. Este artículo en acceso abierto es publicado por Chornancap Revista Jurídica del Ilustre Colegio de Abogados de Lambayeque bajo los términos de la Licencia Internacional Creative Commons Attribution 4.0 (CC BY 4.0), que permite copiar y distribuir en cualquier material o formato, asimismo mezclar o transformar para cualquier fin, siempre y cuando sea reconocida la autoría de la creación original, debiéndose mencionar de manera visible y expresa al autor o autores y a la revista.

Imputado en la sombra: ¿estrategia de investigación o vulneración del derecho de defensa?

Defendant in the shadows: investigative strategy or violation of the right to defense?

Fátima Milagros Ventura Granados*,¹

Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo (Lambayeque, Perú)

fventurag@unprg.edu.pe

<https://orcid.org/0009-0008-1274-9082>

Recibido: 26/01/2024

Aprobado: 30/06/2024

Publicación online: 05/07/2024

*Autor corresponsal

¹Egresada de la Escuela Profesional de Derecho.



Cómo citar este trabajo

Ventura Granados, F. M. (2024). Imputado en la sombra: ¿estrategia de investigación o vulneración del derecho de defensa? *Chornancap Revista Jurídica*, 2(1), 115-132. <https://doi.org/10.61542/rjch.57>

RESUMEN

Este artículo examina la práctica del Ministerio Público por la cual una persona contra la que se dirige una imputación material, de manera injustificada, no es comprendida formalmente en la investigación en la creencia de evitar que pudiera obstruir los fines de la misma; mientras se llevan a cabo diligencias encaminadas a recabar elementos de convicción que buscarían determinar su responsabilidad. El objetivo es cuestionar la legitimidad de esta práctica y analizar posibles soluciones, evaluando su compatibilidad con los derechos constitucionales del imputado, especialmente su derecho a la defensa. Se realiza un análisis exhaustivo de la regulación procesal penal, la jurisprudencia y la doctrina relacionada con esta práctica. Se concluye que el "imputado en la sombra" no es una estrategia de investigación legítima, sino una práctica que vulnera los derechos del imputado, destacando la importancia de la tutela de derechos como medio para detener esta vulneración y asegurar una mayor protección de los derechos del imputado en el proceso penal.

Palabras clave: Tutela de derechos, Derechos fundamentales, Derecho de defensa, Imputado, Vulneración.

ABSTRACT

This article examines the practice of the Public Prosecutor's Office whereby a person against whom a material accusation is directed is unjustifiably not formally included in the investigation under the belief of avoiding possible obstruction to its purposes, while conducting diligences aimed at gathering evidence that would determine their responsibility. The aim is to question the legitimacy of this practice and analyze possible solutions, assessing their compatibility with the constitutional rights of the accused, especially their right to

defense. An exhaustive analysis of procedural criminal regulation, case law, and related doctrine concerning this practice is conducted. It is concluded that the "shadow accused" is not a legitimate investigative strategy but rather a practice that violates the rights of the accused, emphasizing the importance of rights protection as a means to halt this violation and ensure greater protection of the accused's rights in the criminal process.

Keywords: Protection of rights, Fundamental rights, Right of defense, Accused, Infringement of rights.

Introducción

No es poco usual que, en el marco de una investigación preliminar o formalizada, el Ministerio Público disponga la práctica de diligencias que frontalmente se dirigirían a determinar la responsabilidad de una o más personas no comprendidas en ella; inclusive puede llegar a citarla a declarar en calidad de testigo. Más tarde, esta persona es incorporada formalmente al proceso en calidad de imputado, en base a los elementos de convicción acopiados durante el lapso en el que no lo fue. A este tipo de investigado es al que, genéricamente, he denominado "*imputado en la sombra*"; porque, aunque oculto, siempre estuvo ahí para el Ministerio Público.

Para muchos, la situación descrita podría ser identificada como una mera "*estrategia de investigación*" dirigida a evitar "obstrucciones", siendo en algunos casos una práctica tan extendida que ha llegado a ser normalizada y, por ende, no reconocida como un problema; empero, vale cuestionarnos si aquella práctica, en puridad, es respetuosa de las garantías constitucionales del imputado y si de advertir este una transgresión oculta puede accionar de alguna forma para reestablecer el derecho que considere vulnerado, ya sea antes o después de ser comprendido formalmente en la investigación. Precisamente, aquel cuestionamiento ha dado vida a este artículo, cuyo objetivo es analizar las posibles alternativas de solución, a la luz de la regulación procesal penal, el desarrollo jurisprudencial y doctrinario en la materia.

1. El proceso penal en un Estado Constitucional de Derecho

1.1. El fin del proceso penal

El modelo de Estado Peruano corresponde a un Estado Constitucional de Derecho, ello quiere decir que la Constitución no solo representa norma simbólica, sino que irradia en todo el ordenamiento jurídico, no siendo permitido que ninguno de los poderes públicos o la sociedad en general pueda vulnerarla válidamente (Tribunal Constitucional del Perú, 2005). Consecuencia de ello, los derechos fundamentales reconocidos por esta son garantizados de manera efectiva a través de diferentes mecanismos.

El derecho penal se erige como el restablecedor por excelencia de las expectativas sociales, pues no existe otra rama que tenga la misma eficacia en la protección de bienes jurídicos. El

mecanismo por el cual el derecho penal materializa su finalidad, lo constituye el proceso penal; en él, se busca determinar si una persona, a quien se le imputa haber realizado un delito, es responsable o no de la comisión del mismo.

En palabras de San Martín Castro (2020), manifiesta que:

La meta del proceso penal en un Estado constitucional no puede ser otra que la búsqueda de la verdad material-o, mejor dicho, de la verdad judicial-: acercarse a la verdad respecto del hecho punible y, en su caso, castigar al autor o partícipe de su comisión. (p. 14)

Sin embargo, esta búsqueda de la verdad no puede producirse a cualquier costo, sino que debe ser consonante con los demás principios que rigen el modelo de Estado.

Nuestra carta magna, en su artículo 139 inciso 3, reconoce el derecho al debido proceso y la tutela jurisdiccional; derechos de cuyo desarrollo se ha encargado la doctrina, explicando que la tutela jurisdiccional efectiva comprende el derecho de acceso a la justicia, a que la controversia sea resuelta con una resolución fundada en derecho y a la ejecución de las resoluciones judiciales; mientras que, el debido proceso comprende una serie de derechos: derecho al juez predeterminado por ley, derecho al procedimiento legalmente establecido, derecho de defensa, derecho a producir prueba dentro del proceso, derecho de impugnación, derecho al plazo razonable, entre otros. De manera más simple, y en palabras de Águila Grados (2020), la tutela jurisdiccional efectiva garantiza el respeto de los derechos constitucionales al inicio y final del proceso, mientras que el derecho al debido proceso, proclama el respeto de las garantías durante el desarrollo del mismo. Así, la convergencia de ambos derechos, conforma el derecho a la tutela procesal efectiva.

En el mismo orden de ideas, Peña Cabrera (2008) afirma que nuestro actual sistema procesal afianza y refuerza la condición de sujeto de derecho del imputado, estableciendo restricciones sobre las acciones que los órganos de persecución penal pueden llevar a cabo en la búsqueda de la verdad. De modo que, al imputado, en las tres etapas del proceso penal (etapa de investigación preparatoria- diligencias preliminares e investigación preparatoria formalizada-, etapa intermedia y juicio oral) le asiste el derecho a la tutela procesal efectiva y, por ende, todos los derechos que esta comprende, no siéndole permitido a los poderes públicos vulnerarlos válidamente.

1.2. Estrategias investigativas del Ministerio Público en el marco de un Estado Constitucional de Derecho

El Ministerio Público, por mandato constitucional, tiene el monopolio del ejercicio de la acción penal y conduce la investigación. El fiscal, de acuerdo a lo establecido en los artículos 65 inciso 4 y 322 del Código Procesal Penal, desde el inicio de la investigación planifica la estrategia acorde al caso, diseñando las acciones que lo conduzcan a sus objetivos, utilizando un método que le permita tener un orden y resultados con eficiencia y eficacia. (Escuela del Ministerio Público – Fiscalía de la Nación, 2013)

Como es lógico, desde el conocimiento de la *notitia criminis*, el fiscal formula una teoría del caso provisional, respecto de los hechos que le son puestos a conocimiento, y dispone la realización de diligencias pertinentes y útiles que le permitan corroborarla, adecuarla o descartarla, de acuerdo a los elementos de convicción que recabe en el decurso de la investigación.

A esta serie de actos ordenados por el fiscal con el objetivo de contrastar su teoría del caso, que de acuerdo al estadio procesal resulta ser siempre muy flexible, es a lo que se denomina “estrategia de investigación” o “estrategia investigativa”. La adopción de una estrategia, en definitiva, resulta demás necesaria para el desarrollo óptimo de la investigación, pues el destino de esta no puede ser dejada al azar, debiendo fijarse metas concretas y específicas que aseguren un resultado (Fiscalía General de la República, 2009); ya que en un sistema procesal tan sobrecargado como el nuestro, no puede derrocharse tiempo y esfuerzo en la puesta en práctica de actos de investigación inútiles para el objeto de la misma.

La estrategia investigativa debe estar orientada, en diligencias preliminares, a confirmar la ocurrencia de los actos conocidos y verificar su delictuosidad, así como asegurar los elementos físicos de su comisión, identificar a las personas involucradas y garantizar su adecuada custodia; mientras que, en investigación preparatoria formalizada, a reunir los elementos de convicción, inculpativas o exculpativas que permitan al fiscal decidir si formula requerimiento de acusación o de sobreseimiento. Típicas estrategias de investigación, las constituyen el orden en que el fiscal cita a los testigos, la selección de qué diligencias va a practicar, el tipo de información que recaba de diversas instituciones, los requerimientos de levantamiento del secreto bancario o de las comunicaciones, la selección de técnicas especiales de investigación, como lo pueden ser los agentes especiales o encubiertos, disponer el secreto de la investigación por un periodo determinado, e inclusive la acumulación o desacumulación de carpetas fiscales. Sin embargo, con el fin de alcanzar estos objetivos, no puede disponerse la práctica de diligencias que vulneren derechos fundamentales, pues “el fin no justifica los medios”. Así, la propia Corte Suprema de Justicia de la República (2010) en el Acuerdo Plenario N.º 4–2010/CJ–116 ha indicado que es

función del fiscal conducir y desarrollar toda su estrategia persecutoria siempre dentro del marco de las garantías básicas. En tal sentido, una estrategia de investigación es legítima solo si se desarrolla respetando los derechos fundamentales del imputado, es coherente con la carta magna y el modelo de estado constitucional de derecho.

En pocas palabras, la estrategia de investigación se erige como un programa metodológico (Avellaneda Franco, 2007), que le permite al fiscal identificar cuáles son las acciones a realizar para recabar elementos de convicción que sustenten las proposiciones fácticas de la *notitia criminis*, de modo que sea posible hacer una correcta subsunción de los hechos en el tipo penal e identificar plenamente a los autores o partícipes involucrados en los mismos, para luego valorar objetivamente los elementos de cargo o de descargo y decidir si sobreseer o acusar la causa.

1.3. Importancia del derecho de defensa del imputado

El derecho de defensa, se constituye como uno de los derechos más representativos del imputado en un proceso penal. No le falta razón a Caro Coria (2006), al indicar que, a diferencia de los demás sujetos procesales que se enfrentan entre sí, el imputado se enfrenta al Estado y todo su aparato de persecución; de ahí que su derecho constitucional a la defensa adquiera tanta importancia.

Conforme lo ha establecido el Tribunal Constitucional del Perú (2004), el ejercicio del derecho de defensa implica dos aspectos fundamentales: uno material, que consiste en el derecho del imputado a defenderse por su mismo desde el momento en que se le informa de las acusaciones en su contra; y otro formal, que implica el derecho a contar con asesoramiento legal y representación por parte de un abogado durante todo el proceso. Ambos aspectos son protegidos constitucionalmente y garantizan que el imputado no sea dejado en un estado de indefensión. En esa línea, Herrera Llanos (2005) indica que el derecho de defensa implica la posibilidad de analizar, desentrañar, controvertir y refutar técnica, jurídica y probatoriamente los hechos que le son atribuidos al imputado.

Este derecho, está ligado a la posibilidad de producir la prueba necesaria que acredite los hechos que configuran su pretensión o defensa (Corte Suprema de Justicia de la República, 2012). A su vez, se encuentra íntimamente vinculado a uno de los principios fundamentales del proceso penal, el principio de contradicción, que lo dota de una estructura dialéctica. En mérito a él, las partes tienen derecho a participar en el proceso, independientemente de su posición, y poseen todas las facultades procesales necesarias para confrontar las actuaciones que en él se dicten. Este principio garantiza a las partes una defensa efectiva y previene la posibilidad de que se encuentren

en situaciones de indefensión, incluso durante la etapa de investigación preliminar. (San Martín Castro, 2020)

En tal sentido, imposibilitar al imputado de conocer la existencia una investigación instaurada en su contra y por ende contradecir los cargos que se le imputan y ofrecer material probatorio que sustente su teoría, vulnera abiertamente y perversamente su derecho de defensa. Además, debemos tener en cuenta que la etapa de investigación preparatoria es de suma importancia en el proceso penal, pues el desenlace de un futuro juicio oral, depende mucho de los elementos que en ella se obtengan. Una buena investigación que recabe elementos de cargo lo suficientemente idóneos, asegura una alta probabilidad de alcanzar una condena, desde la perspectiva del Ministerio Público; mientras que una investigación en la que ha participado activamente la defensa del imputado produciendo elementos de convicción suficientes para respaldar su teoría del caso, también asegura una alta probabilidad de una sentencia absolutoria; de ahí que el derecho de defensa, en todas su manifestaciones se erija como un pilar fundamental para el imputado en esta etapa del proceso, pues el material probatorio que en ella se produzca, depende el destino de su libertad.

Cualquier estrategia que desconozca, injustificadamente y de forma permanente, el derecho a la defensa del imputado en una fase tan primordial como lo es esta, nos remonta casi ochenta años atrás, a aquella visión inquisitiva que consideraba al imputado como un simple objeto de investigación, e incluso permitía el secreto en la instrucción. (Caro Coria, 2006)

2. Tutela de derechos como mecanismo de defensa de las garantías constitucionales del imputado al interior del proceso penal

2.1. Origen y fundamento de su introducción al proceso penal

La tutela de derechos es, por mucho, una de las mejores novedades que trajo consigo el Nuevo Código Procesal Penal de 2004, pues no se conocen precedentes nacionales de esta institución y a diferencia del Código de Procedimientos Penales de 1940, en el que no se regulaba ningún mecanismo por medio del cual imputado pudiera hacer valer los derechos que le eran vulnerados, esta le permite acudir al juez de la investigación preparatoria cuando considere que alguna actuación del Ministerio Público constituye una trasgresión a sus garantías fundamentales. (Bazán Cerdán, 2011)

Así, supuestos tan comunes como la no entrega de copias de carpeta fiscal, las limitaciones al abogado defensor para participar en las diligencias y la exclusión de prueba ilícita, no encontraban en la normativa procesal derogada algún medio de control o de defensa. Este vacío normativo obligaba a los justiciables a sobrecargar la justicia constitucional, a través de la

interposición demandas de habeas corpus o amparo; o de recurrir a la vía administrativa, con la formulación de quejas por inconducta funcional ante los órganos de control. (Moreno Nieves, 2023b)

2.2. Regulación y derechos tutelados

La tutela de derechos se encuentra prevista en el artículo 71 inciso 4 del Código Procesal Penal, con el siguiente tenor normativo:

“Artículo 71.- Derechos del imputado

1. El imputado puede hacer valer por sí mismo, o a través de su Abogado Defensor, los derechos que la Constitución y las Leyes le conceden, desde el inicio de las primeras diligencias de investigación hasta la culminación del proceso.

2. Los Jueces, los Fiscales o la Policía Nacional deben hacer saber al imputado de manera inmediata y comprensible, que tiene derecho a:

a) Conocer los cargos formulados en su contra y, en caso de detención, a que se le exprese la causa o motivo de dicha medida, entregándole la orden de detención girada en su contra, cuando corresponda;

b) Designar a la persona o institución a la que debe comunicarse su detención y que dicha comunicación se haga en forma inmediata;

c) Ser asistido desde los actos iniciales de investigación por un Abogado Defensor;

d) Abstenerse de declarar; y, si acepta hacerlo, a que su Abogado Defensor esté presente en su declaración y en todas las diligencias en que se requiere su presencia;

e) Que no se emplee en su contra medios coactivos, intimidatorios o contrarios a su dignidad, ni a ser sometido a técnicas o métodos que induzcan o alteren su libre voluntad o a sufrir una restricción no autorizada ni permitida por Ley; y

f) Ser examinado por un médico legista o en su defecto por otro profesional de la salud, cuando su estado de salud así lo requiera.

3. El cumplimiento de lo prescrito en los numerales anteriores debe constar en acta, ser firmado por el imputado y la autoridad correspondiente. Si el imputado se rehúsa a firmar el acta se hará constar la abstención, y se consignará el motivo si lo expresare. Cuando la negativa se produce en las primeras diligencias de investigación, previa intervención del Fiscal se dejará constancia de tal hecho en el acta.

4. Cuando el imputado considere que durante las Diligencias Preliminares o en la Investigación Preparatoria no se ha dado cumplimiento a estas disposiciones, o que sus derechos no son respetados, o que es objeto de medidas limitativas de derechos indebidas o de requerimientos ilegales, puede acudir en vía de tutela al Juez de la Investigación Preparatoria para que subsane la omisión o dicte las medidas de corrección o de protección que correspondan. La solicitud del imputado se resolverá inmediatamente, previa constatación de los hechos y realización de una audiencia con intervención de las partes”.

Producto de una interpretación apresurada y restringida de la norma; inicialmente, se postulaba que los derechos protegidos por la tutela eran *numerus clausus*, circunscritos únicamente a los establecidos en el artículo 71 inciso 2 del Código Procesal Penal; sin embargo, aquella concepción errada ya ha sido superada con diversos pronunciamientos jurisprudenciales que han dotado de verdadera efectividad a esta institución, devolviéndole la esencia con la cual el legislador la introdujo a la norma adjetiva. En esa línea argumentativa, la Corte Suprema de Justicia de la República (2018) ha señalado que es erróneo sostener que la tutela de derechos solo puede ser accionada cuando se afectan los derechos mencionados en el inciso 2 del artículo 71 del Código Procesal Penal; en el mismo enfoque lógico, la Corte Superior Nacional (2019) ha afirmado que una interpretación extensiva de los incisos 1 y 7 del artículo 71 del citado código es justificada si se busca garantizar el debido proceso penal.

Los citados pronunciamientos constituyen criterios válidos y coherentes con la naturaleza de la institución, pues ilógico sería que el legislador hubiera contemplado la posibilidad de instar una suerte de proceso constitucional al interior del proceso penal, si su campo de acción iba a ser tan reducido como para obligar a los justiciables a volver precisamente al estado que motivó su introducción, sobrecargando la vía propiamente constitucional al no encontrar amparo de su pretensión en la tutela de derechos.

Teniendo en cuenta la línea jurisprudencial ante descrita, podemos afirmar entonces que, la tutela de derechos, puede ser instada por el imputado en los siguientes supuestos: i) cuando no se ha respetado lo establecido en el artículo 71, incisos 1 y 2, que se refieren a los derechos del imputado reconocidos tanto en la Constitución como en la ley, y a los derechos que deben ser comunicados de manera inmediata y directa al imputado por parte de los jueces, fiscales y la policía, ii) cuando cualquiera de sus derechos convencionales, constitucionales o legales no son respetados, iii) cuando es objeto de medidas limitativas de derechos indebidas y iv) cuando es objeto de requerimientos ilegales. (Verapinto Márquez, 2010)

2.3. Requisito de admisibilidad y procedibilidad

La Corte Suprema de Justicia de la República (2022), en el Recurso Apelación N.º10-2022 ha indicado que, ante una solicitud de tutela de derechos, el juez deberá verificar el cumplimiento de los requisitos de admisibilidad y procedibilidad, para lo cual observará lo previsto en los artículos 426 y 427 del Código Procesal Civil.

2.3.1. Requisitos de admisibilidad

Respecto a los requisitos de admisibilidad, Moreno Nieves (2023a), analizando lo normado en el artículo 426 del Código Civil Adjetivo, indica que deberá cumplirse con: i) requisitos legales;

[122] ChornanCap Revista Jurídica. Vol. 2 Núm. 1 (2024): 40º años del Código Civil peruano Ilustre Colegio de Abogados de Lambayeque, Perú

ii) acompañamiento de anexos y ii) correcta delimitación del petitorio. Respecto al primero, la norma solo exige que el reclamo se presente sobre uno de los derechos reconocidos al imputado; en cuanto al segundo, sugiere anexar disposiciones, providencias, requerimientos o cualquier documento que se relacione con el objeto de debate y finalmente, en relación al tercero, señala como trascendental precisar el objeto de la pretensión, es decir, si se busca que el juez dicte una medida correctiva, reparadora o protectora.

2.3.2. Requisitos de procedencia

El primer requisito de procedencia está vinculado con la legitimidad para obrar del solicitante que, si bien inicialmente se entendía reservada para el imputado, vía interpretación constitucional, cualquier persona que participe en el proceso o que esté involucrada en la investigación (Tribunal Constitucional del Perú, 2021). Es decir, tanto quien tenga calidad de imputado como de agraviado, actor civil, tercero civilmente responsable e incluso las personas jurídicas comprendidas en la investigación, podrán acudir al llamado “juez de garantías”, de advertir la transgresión de alguno de sus derechos.

El segundo requisito se encuentra ligado a la etapa procesal. De conformidad con el inciso 4 del artículo 71 del Código Adjetivo, la tutela de derechos puede ser invocada en etapa de investigación preparatoria, ya sea en diligencias preliminares o en la investigación preparatoria formalizada; sin embargo, la Corte Superior de Justicia de la República (2022) en la Casación 1145-2021- Arequipa, ha señalado la posibilidad de instar una tutela de derechos en etapa intermedia, para lo cual debe considerarse cada situación específica, por ejemplo, en los procesos en los que se presenta una acusación directa.

La tutela de derechos tiene un carácter residual, por lo que el tercer requisito exige la inexistencia de una vía específica para salvaguardar la garantía vulnerada. Por ejemplo, si la pretensión está vinculada a un excesivo plazo en la investigación, se deberá solicitar un control de plazos, si la cuestión gira en torno a la realización de un acto de investigación, se tiene la inadmisión de diligencias sumariales; quedando en el ámbito de protección de la tutela de derechos los demás derechos que no encuentren regulación taxativa en el Código Procesal Penal.

Teniendo en consideración el fundamento décimo primero del Acuerdo Plenario 4-2010/CJ-116, un cuarto requisito de procedibilidad de la tutela de derechos lo constituye la consumación del acto lesivo, es decir, el derecho reclamado debe haber sido efectivamente vulnerado, no cabiendo posibilidad de instar una tutela por una posible amenaza.

Finalmente, podemos identificar un quinto requisito condicionado solo a si la pretensión tiene que ver con la garantía de imputación necesaria, de conformidad con el Acuerdo Plenario 2-

2012/CJ-116, el solicitante debe haber dado cumplimiento a un requisito previo, esto es, acudir al propio fiscal investigador buscando su subsanación, de suerte que solo ante la desestimación del fiscal o ante su reiterada falta de respuesta es posible acudir al órgano jurisdiccional en busca de tutela.

2.4. Efectos

El Acuerdo Plenario 4-2010/CJ-116 ha establecido que, frente a una solicitud de tutela de derechos, el juez puede dictar una medida correctiva-que ponga fin al agravio-, reparadora--que lo repare, por ejemplo, subsanando una omisión- o protectora.

Un desarrollo más detallado ha sido expuesto por la Primera Sala Penal de Apelación Nacional Permanente Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de la Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada (2020) en el Expediente 00005-2019-4 (FJ. 6.3.), en el que se ha indicado como medidas que puede adoptar el juez, las siguientes:

- a) Subsanación:** cuando se advierta que una disposición fiscal de imputación contiene deficiencias en la descripción de los hechos, la subsunción jurídica, pena, indicios o elementos de convicción, se ordenará reparar o remediar el defecto formal de la imputación, por vulnerar el derecho de defensa y la imputación suficiente en contra del investigado.
- b) Corrección:** una vez que se establece que el acto procesal ha infringido los derechos fundamentales y/o legales del investigado, se ordenará enmendar defectos o errores sustanciales de la actuación fiscal o policial, por ejemplo: indebida notificación, declaratoria de reo contumaz sin notificación, realización de inspección ocular sin notificación al imputado, entre otros.
- c) Protección:** comprobada la existencia de actos de investigación, elementos de convicción y diligencias fiscales y policiales arbitrarios, ilegales, irregulares y/o con errores graves, se ordenará la exclusión de los mismos por atentar contra derechos fundamentales del investigado.

3. El problema de legitimidad del imputado a la sombra

Como bien se ha expresado, la tutela de derechos puede ser accionada tanto por el imputado, como por las demás partes procesales, de considerar que en el decurso de la investigación alguna actuación de los órganos de persecución penal ha transgredido sus derechos; esta afirmación probablemente nos traslade al punto neurálgico de este artículo, pues resulta coherente de alguna manera pensar que para adquirir la calidad de imputado o parte procesal debe

existir una disposición fiscal de por medio que otorgue tal condición; para el caso del imputado, una disposición de apertura de diligencias preliminares en su contra, o una disposición de formalización de la investigación preparatoria que lo dote de dicho título. De modo que, no ostentar legitimidad, se convierte en una causal de improcedencia de la tutela de derechos.

La cuestión puede parecer más sencilla para el *“imputado en la sombra”* que ya ha perdido su condición clandestina y ha sido incorporado al proceso, pues formalmente tiene legitimidad para solicitar una tutela de derechos; pero qué pasa con aquel imputado, aún no comprendido en la investigación, que advierte la vulneración oculta ¿debe tolerarla sin más hasta que el fiscal emita la disposición que lo incorpore al proceso? Para responder esa pregunta, se vuelve imperativo respondernos primero ¿cuándo se adquiere la calidad de imputado?

Para San Martín Castro (2020), no es necesaria la emisión de una disposición fiscal para que una persona adquiera la condición de imputado, pues esta se adquiere cuando se es objeto de una imputación por la comisión de un hecho punible, directa o indirecta, formal o informalmente; sin embargo, para la pérdida de dicha condición si es necesario un pronunciamiento; que en etapa de investigación, lo será una disposición de archivo consentido; en etapa intermedia, un sobreseimiento firme; y en etapa de juicio oral, una sentencia absolutoria firme. Para el destacado jurista peruano, tal interpretación no obedece a una mera opinión personal, sino que esta se deduce de la lectura del artículo 139° de la Constitución:

El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso. Toda persona será informada inmediatamente y por escrito de la causa o las razones de su detención. Tiene derecho a comunicarse personalmente con un defensor de su elección y a ser asesorada por éste desde que es citada o detenida por cualquier autoridad. (inciso 14)

De modo que, el texto constitucional no exige la existencia de una imputación formal, sino únicamente que una persona determinada sea citada o detenida por la autoridad.

Tal apreciación, ha sido respaldada por Caro Coria (2006), para quien el funcionamiento del derecho defensa no impone que se haya instaurado un proceso penal formal, pues es efectiva con la mera imputación de la comisión de un ilícito criminal por alguna de las autoridades encargadas de la persecución penal; de ahí que a toda persona contra la cual se dirija una imputación directa o no, adquiere la calidad de imputado y le asiste el derecho de defensa desde el preciso instante en que esta le es atribuida.

Sobre la base de los argumentos antes expuestos, y en relación a las preguntas formuladas, podemos afirmar que: i) no es necesario que exista una disposición fiscal de por medio para adquirir la calidad de imputado, pues para esta solo es necesaria la existencia de una imputación

por parte de los órganos de persecución penal y ii) el *“imputado en la sombra”*, pese a la denominación metafórica, es un verdadero imputado que está siendo objeto de una vulneración clandestina a sus garantías constitucionales, por lo que tiene amplia facultad para poner en ejercicio los mecanismos necesarios en pos de salvaguardar sus derechos.

4. ¿Cómo identificar una imputación indirecta y cómo actuar ante una?

El despliegue actos de investigación por parte del Ministerio Público dirigidos frontalmente a determinar una posible responsabilidad penal en una persona constituyen, de manera indirecta e informal, una imputación; asistiéndole al ciudadano sometido a estos actos todas las garantías que nuestro estado constitucional de derecho y las normas convencionales reconocen. Formas típicas en las que puede ser colegida razonablemente una imputación indirecta del Ministerio Público, en muchas ocasiones, tienen que ver con el tipo de delito que se investiga y con la sindicación de la parte agraviada o lo que pueda extraerse de los primeros recaudos preliminares. Puede ser común que este tipo de prácticas se detecten en fiscalías especializadas por la complejidad de los delitos investigados y la trascendencia de los bienes jurídicos en juego. Verbigracia, si una Fiscalía Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios apertura investigación por el delito de colusión y los hechos tuvieron lugar en una contratación pública por parte de una Municipalidad, pese a iniciar la investigación contra los que resulten responsables, lógicamente se tiene una imputación indirecta contra los funcionarios que formaron parte del comité de selección, pues quién más que ellos pudieron haber infringido el deber configurador del tipo.

Sin embargo, es posible que este tipo de actos se presenten también en una investigación de delitos de dominio. Podríamos citar el caso de una investigación por el presunto delito de violación con la agravante de estado de inconciencia, en la que la víctima refiera que el día de los hechos se encontraba libando licor en un espacio cerrado con tres personas en concreto, señalando además que sospecha que cualquiera de ellas pueda haber consumado el acto; como es lógico, existe una imputación indirecta en contra de tales personas y aun cuando sean citadas a declarar en calidad de testigos, debe entenderse que se han formulado cargos en su contra. Si hablamos de un delito de fraude en la administración de las personas jurídicas en agravio de una comunidad campesina, que ha tenido lugar en un periodo determinado en el que ejerció funciones una junta directiva, consecuentemente solo pueden ser sujetos activos los representantes de la persona jurídica, es decir, los integrantes de la junta directiva.

En un primer escenario, y estando en curso la investigación, lo primero que habilitaría una defensa efectiva del imputado serían copias de la capeta fiscal, las mismas que en base a lo normado en el artículo 324° del Código Procesal Penal, le van a ser negadas, pues el carácter

reservado de la investigación impone que solo las partes tengan acceso a su contenido; y el Ministerio Público en el entendido que aún no existe una incorporación formal a la investigación, rechazara la solicitud. Así también, el imputado no será enterado de la programación de declaraciones, diligencias de constatación o periciales, quedando imposibilitado de participar en las mismas.

Respecto las fuentes de prueba periciales, Moreno Nieves (2023a) ha postulado, en base a un estudio jurisprudencial y normativo, que existe la posibilidad de excluir dictámenes periciales en los que no hubiera podido participar activamente la defensa. Citando a lo resuelto por la Corte Superior Nacional, el autor indica que el perito designado por una de las partes desempeña un papel de protección de los intereses de esa parte, en palabras de San Martín es un auxiliar suyo, que por el lado técnico actúa como verdadero defensor; de ahí que para la realización de dictámenes periciales ordenados por el Ministerio Público, deba establecerse con anticipación el día y hora en que el perito oficial realizará labores, con el objetivo que el perito de parte pueda tener una participación activa en la diligencia programada, presenciando las operaciones del perito oficial, haciendo las observaciones que considere pertinentes y dejando las constancias correspondientes, pudiendo presentar su informe de parte de no estar de acuerdo con las conclusiones de la pericia oficial.

En tal contexto, el imputado puede recurrir al juez de garantías, a fin de solicitar se ordene al fiscal la entrega de copias de la carpeta y posteriormente la exclusión de las fuentes de prueba producidas en vulneración de su derecho de defensa. Desde mi opinión, el juez no podrá declarar improcedente la solicitud de tutela y deberá convocar a audiencia, así como solicitar la carpeta fiscal a titular de la investigación, a fin de poder valorar la solicitud presentada.

Un segundo escenario se podría presentar cuando el imputado es incorporado y en un corto lapso; tratándose de diligencias preliminares, se formula requerimiento de acusación directa, o en una investigación preparatoria formalizada, esta es concluida; técnicamente, nos encontraríamos en etapa intermedia, estadio procesal en el que ya no puede invocarse la protección de la tutela. Sin embargo, y como se ha acotado anteriormente, es viable una tutela de derechos en etapa intermedia, siempre que se presentes circunstancias particulares, como las que hemos descrito. Pues aquella sí representa una verdadera situación de indefensión para el imputado, ya que no solo se le ha investigado sin darle opción a contradecir los cargos u ofrecer oportunamente los elementos de convicción que respalden su defensa; sino que ahora se le está cerrando toda posibilidad de formular pretensión alguna. En estas situaciones, se puede instar una tutela de derechos y solicitar se declare la nulidad de los actos emitidos por el Ministerio Público, ya sea la disposición de formalización o acusación directa, a fin que se otorgue un plazo idóneo al imputado para conocer los cargos que se le imputan, ejercer su defensa y postular los actos de investigación que considere apropiados.

En síntesis, ya sea antes o después de ser incorporado, el “imputado en la sombra” podrá recurrir al juez, vía tutela, en busca de una medida protectora que declare la nulidad de las actuaciones fiscales lesivas y la exclusión de las fuentes de prueba producidas en vulneración de su derecho de defensa.

Es imperativo precisar que, cada caso debe ser analizado meticulosamente, pues conforme lo ha indicado el Tribunal Constitucional del Perú (2021), la falta de acceso a los recursos legales de defensa no siempre resulta en un estado de indefensión que viole el contenido protegido constitucionalmente del derecho de defensa. Sin embargo, esta situación adquiere relevancia constitucional cuando se origina debido a una actuación indebida y arbitraria por parte del órgano encargado de investigar o juzgar al sujeto. En consonancia con ello, aun cuando se tratare de un imputado formalmente incorporado al proceso, no podrá conocer del contenido de ciertas actuaciones si se ha decretado de forma motivada el secreto de la investigación, pues la restricción a la información solo está circunscrita a un periodo determinado, y al culminar de dicho lapso, luego de cumplido el objetivo de la medida se correrá traslado al imputado para que exponga lo que a su derecho convenga. Debe quedar claro entonces que la práctica aquí expuesta se circunscribe a una actuación injustificada, que provenga probablemente del desconocimiento de las estrategias investigativas legítimas de las que puede hacer uso el titular de la acción penal para alcanzar los objetivos de la investigación y asegurar el éxito de la misma.

Conclusiones

Nuestro sistema procesal penal debe ser coherente con el modelo de Estado Constitucional de Derecho adoptado por nuestro ordenamiento jurídico; lo que exige que los órganos de persecución penal realicen sus actuaciones respetando las garantías fundamentales de las partes procesales; no pudiendo, en el caso del Ministerio Público, ejercer estrategias de investigación que coloquen al imputado en un estado de indefensión. De ahí que el “*imputado en la sombra*” no sea una estrategia de investigación, sino una mala práctica del Ministerio Público y probablemente un rezago del sistema inquisitivo; que vulnera el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva del imputado, en específico, su derecho al acceso a la justicia y lo somete a un estado de indefensión premeditado e inconstitucional.

La tutela de derechos, constituye un mecanismo del que puede servirse el imputado y las demás partes procesales para acudir al juez de la investigación preparatoria cuando una actuación de los órganos de persecución penal ha vulnerado sus derechos constitucionales. De declararse fundada la solicitud, el juez establecerá el cumplimiento de medidas de subsanación, corrección o protección, de acuerdo al caso en concreto.

El “imputado en la sombra” que descubra la vulneración oculta no necesita esperar a ser incorporado formalmente al proceso para recurrir al juez de la investigación preparatoria vía tutela de derechos; pues la condición de imputado se adquiere con la sola existencia de una imputación, directa, indirecta, formal o informal; de ahí que este tenga plena legitimidad para instar una tutela.

El tipo penal investigado y las sindicaciones de la víctima o denunciante, pueden ser un gran referente al momento de advertir una imputación indirecta, pues aun cuando el Ministerio Público no dirija una imputación formal contra una persona por medio de una disposición, el despliegue actos de investigación destinados a corroborar su participación en los hechos constitutivos del delito, nos permiten afirmar la existencia de una atribución de cargos; lo que impone al titular de la acción penal la obligación conducir sus actuaciones con el respeto de todas las garantías constitucionales que le asisten a toda persona sometida a un proceso penal.

Recomendaciones

Recomiendo analizar escrupulosamente cada caso en concreto, pues existirán circunstancias en las que la aplicación de la teoría de la ponderación nos hará inclinarnos a asegurar el fin del proceso, lo que no significará dejar en total estado de indefensión del imputado, sino simplemente restringir de manera temporal y por un tiempo limitado algunos medios legales de defensa. Para ello, el Ministerio Público deberá servirse de los mecanismos legítimos puestos a su alcance para alcanzar el desarrollo óptimo de la investigación, sin que ello signifique una actuación arbitraria; tal es el caso de la facultad de declarar el secreto de alguna actuación o documento, lo que exige la emisión de una disposición motivada.

En estos casos, aun cuando cite a declarar a aquellos contra quienes subsiste una imputación, debe garantizar su derecho de defensa haciéndoles conocer los cargos que se le atribuyen, quedando en arbitrio del citado declarar o no, pues recordemos que el artículo 163 inciso 2 de la norma procesal, regula la abstención de declaración del testigo en casos en los que de su testimonio pueda surgir su responsabilidad penal.

Una situación similar se presentó con el investigado Julio Atilio Gutiérrez Pebe (caso cuellos blancos del puerto), quien, en el marco de una investigación secreta, fue citado para rendir su declaración, y se le informaron los derechos que aseguraban su defensa. En otras palabras, no fue llamada para dar testimonio sin conocimiento previo de los hechos en cuestión, sino que asistió acompañada de su representación legal y se le recordó su derecho a permanecer en silencio, el cual optó por ejercer (Corte Suprema, 2022, FJ. 7.7). El investigado, posteriormente acudió al juez vía de tutela de derechos solicitando se ordene al fiscal del caso precisar la imputación en su contra

y solicitando se notifique la disposición que decretaba el secreto de la investigación; tal solicitud fue declarada INFUNDADA al no haberse vulnerado su derecho de defensa.

Referencias

- Águila Grados, G. [Tribuna Constitucional] (23 de noviembre de 2020). *Debido proceso, tutela jurisdiccional efectiva y tutela procesal efectiva - TC 197*. [Archivo de video]. YouTube. <https://www.youtube.com/watch?v=jshPgCHXGGM>
- Avellaneda Franco, P. (2007). *Programa Metodológico en el Sistema Penal Acusatorio*. Imprenta Nacional de Colombia.
- Bazán Cerdán, J. (2011). Audiencia de tutela: Fundamentos Jurídicos (Acuerdo Plenario N.º4-2010/CJ-116). *Revista Oficial del Poder Judicial*, 6 (6/7), 69-77. <https://doi.org/10.35292/ropj.v6i6/7.195>
- Caro Coria, D. (2006). Las garantías constitucionales del proceso penal. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 1027–1046. <https://biblioteca.corteidh.or.cr/tablas/R08047-30.pdf>
- Corte Superior de Justicia de la República. (2022). *Casación N.º 1145-2021*. Arequipa, 6 de septiembre. <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2022/10/Casacion-1145-2021-Arequipa-LPDerecho.pdf>
- Corte Suprema de Justicia de la República. (2010). *Acuerdo Plenario N.º 4–2010/CJ–116*. Lima, 16 de noviembre. <https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2018/12/Acuerdo-Plenario-4-2010-CJ-116.pdf>
- Corte Suprema de Justicia de la República. (2012). *Casación N.º 281-2011*. Moquegua, 6 de agosto. https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2019/03/Casaci%C3%B3n-281-2011-Moquegua-Legis.pe_.pdf
- Corte Suprema de Justicia de la República. (2018). *Auto de Apelación A.V. 05-2018- “1.”* Lima, 21 de agosto. https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2018/08/Auto-de-apelaci%C3%B3n-05-2018-1-Legis.pe_.pdf
- Corte Suprema de Justicia de la República. (2022). *Recurso Apelación N.º 10-2022/Suprema*. <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2022/09/Apelacion-10-2022-Suprema-LPDerecho.pdf>
- Escuela del Ministerio Público – Fiscalía de la Nación. (2013). *Guía de Actuación Fiscal en el Código Procesal Penal*. OLCAPA SAC. https://www.mpfj.gob.pe/escuela/contenido/publicaciones/guia_actuacion_fiscal.pdf
- Fiscalía General de la República. (2009). *Plan estratégico de investigación de El Salvador*. Talleres Gráficos UCA.

<https://www.unodc.org/documents/colombia/2013/diciembre/PLAN ESTRATEGICO DE INV ESTIGACION EL Salvador.pdf>

Herrera Llanos, W. (2005). Régimen de la Rama Judicial Colombiana. *Revista de Derecho, Universidad Del Norte*, 23, 341–391.
<https://rcientificas.uninorte.edu.co/index.php/derecho/article/view/2549>

Moreno Nieves, J. (2023a). *Audiencia de tutela de Derechos*. Page & Desing EIRL.

Moreno Nieves, J. (2023b). *Guía de litigación en audiencia de tutela de derechos*. Page & Desing EIRL.

Peña Cabrera, A. (2008). *Manual de Derecho Procesal Penal*. Rodhas.

Primera Sala Penal de Apelación Nacional Permanente Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de la Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada. (2020). *Resolución N.º Cuatro, Exp. 00005-2019-4-5002-JR-PE-02*. Lima, 20 de enero.
<https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2021/09/Expediente-00005-2019-4-LPDerecho.pdf>

San Martín Castro, C. (2020). *Derecho procesal penal lecciones: Conforme el Código Procesal Penal de 2004*. Instituto peruano de criminología y ciencias penales y Centro de altos estudios en Ciencias Jurídicas, políticas y Sociales.

Tribunal Constitucional del Perú. (2004). *Exp. 02028-2004-PHC/TC Arequipa. Caso Margi Eveling Clavo Peralta*. Arequipa, 5 de julio. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/02028-2004-HC.pdf>

Tribunal Constitucional del Perú. (2005). *Exp. 5854-2005-PA/TC Piura. Caso Pedro Lizana Puelles*. Lima, 8 de noviembre. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/05854-2005-AA.pdf>

Tribunal Constitucional del Perú. (2021). *Sentencia 142/2021, Exp. N.º02165-2018-PHC/TC Cajamarca. Caso Solano Rodrigo Chávez*. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2021/02165-2018-HC.pdf>

Verapinto Márquez, O. (2010). La Tutela de Derechos del Imputado en el Nuevo Código Procesal Penal. *Gaceta Penal & Procesal Penal*, 3(5).

Financiación

El presente artículo no cuenta con financiación específica de agencias de financiamiento en los sectores público o privado para su desarrollo y/o publicación.

Conflicto de interés

La autora del artículo declara no tener ningún conflicto de intereses en su realización.

© La autora. Este artículo en acceso abierto es publicado por Chornancap Revista Jurídica del Ilustre Colegio de Abogados de Lambayeque bajo los términos de la Licencia Internacional Creative Commons Attribution 4.0 (CC BY 4.0), que permite copiar y distribuir en cualquier material o formato, asimismo mezclar o transformar para cualquier fin, siempre y cuando sea reconocida la autoría de la creación original, debiéndose mencionar de manera visible y expresa al autor o autores y a la revista.

El desafío de la formalización minera en el Perú: evaluación de los incentivos y resultados

The challenge of mining formalization in Peru: Evaluation of incentives and results

José Jhordy Ventura Zurita*¹

Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo (Lambayeque, Perú)

jventurazu@unprg.edu.pe

<https://orcid.org/0009-0006-6683-5731>

Recibido: 06/02/2024

Aprobado: 26/06/2024

Publicación online: 05/07/2024

*Autor corresponsal

¹Estudiante de la Facultad de Derecho y
Ciencia Política.



Cómo citar este trabajo

Ventura Zurita, J. (2024). El desafío de la formalización minera en el Perú: evaluación de los incentivos y resultados. *Chornancap Revista Jurídica*, 2(1), 133-166. <https://doi.org/10.61542/rjch.59>

RESUMEN

La presente investigación aborda el desafío de la formalización minera en el Perú, destacando la ineficacia del proceso actual evidenciada por la baja tasa de formalización, que apenas alcanza el 2.22%. A pesar de los esfuerzos del Estado y las continuas prórrogas a la Ley N.°27651 y el Registro Integrado de Formalización Minera (REINFO), no se han implementado reformas estructurales efectivas que mejoren esta situación. De este modo, bajo una evaluación *ex post* de la norma y de un análisis económico del Derecho, se examina la efectividad de los incentivos estatales para el diseño e implementación del proceso de formalización. Se concluye que es fundamental promulgar leyes que, en lugar de enfocarse únicamente en el desarrollo económico, prioricen las evaluaciones jurídicas y políticas para combatir la minería ilegal y proteger el medio ambiente.

Palabras clave: Formalización minera, Minería ilegal, Minería informal, Registro Integral de Formalización Minera.

ABSTRACT

*This research addresses the challenge of mining formalization in Peru, highlighting the ineffectiveness of the current process as evidenced by the low formalization rate, which barely reaches 2.22%. Despite the efforts of the State and the continuous extensions to Law No. 27651 and the Integrated Mining Formalization Registry (REINFO), no effective structural reforms have been implemented to improve this situation. Thus, under an *ex post* evaluation of the law and an economic analysis of the law, the effectiveness of state*

incentives for the design and implementation of the formalization process is examined. It is concluded that it is essential to enact laws that, instead of focusing solely on economic development, prioritize legal and political assessments to combat illegal mining and protect the environment.

Keywords: Mining formalization, Illegal mining, Informal mining, Integral mining formalization registry

Introducción

Los efectos de la minería, especialmente la no formal, son ampliamente conocidos por su impacto perjudicial en el medio ambiente y en los derechos humanos. Entre los problemas más graves se encuentran la explotación sexual y laboral de las víctimas involucradas. Ante esta problemática, el Estado ha intentado diversas estrategias para formalizar la minería, empezando con la promulgación de la Ley N.º 27651, destinada a fomentar la formalización de la pequeña minería y la minería artesanal.

Frente a la escasa cantidad de mineros formalizados, se crearon dos incentivos importantes para promover la formalización: establecer el Registro Integrado de Formalización Minera (REINFO) y otorgar una exención de responsabilidad penal a los mineros inscritos en el registro. Sin embargo, a pesar de estos incentivos, los resultados han sido insatisfactorios. Muchos mineros inscritos en el Reinfo, que gozan de inmunidad por el delito de minería ilegal, no concluyen el proceso de formalización.

Esta situación ha agravado la incidencia de delitos conexos a la minería ilegal, como la trata de personas con fines de explotación sexual, trata de personas, explotación infantil, el narcotráfico, el trabajo forzado, la explotación infantil, la usurpación de tierras y la evasión fiscal. Además, estos problemas se suman a los graves impactos ambientales, como la tala masiva y la contaminación de los recursos hídricos.

Desde una perspectiva de una evaluación *ex post* de la norma y de un análisis económico del derecho, nos permite examinar la efectividad de los incentivos estatales. Este enfoque nos permite evaluar no sólo el diseño de la política pública, sino también su implementación y los resultados alcanzados en el largo plazo. La continua extensión del proceso de formalización, la creación de Reinfo y la exención de responsabilidad penal plantean la pregunta: ¿Son realmente efectivos estos incentivos para promover la formalización de la minería? Frente a esta pregunta, la evaluación *ex post* permite analizar si estos mecanismos han logrado sus objetivos o si han perpetuado la informalidad.

1. Cuestiones Preliminares

Para abordar adecuadamente la problemática, es esencial familiarizarse con los conceptos claves relacionados a la minería, así como comprender la relevancia de esta en el Perú. Además, resulta fundamental entender el origen y la evolución de la formalización en la pequeña minería y la minería artesanal, aspectos que se detallarán a continuación.

1.1. Informalidad en el Perú

La informalidad representa un serio problema en el Perú, esta ha venido creciendo y tomando parte importante en la operatividad de los mercados, Prado Saldarriaga (2017, citado por Bohórquez y Gómez, 2020, p. 10), atribuye el crecimiento de la informalidad a la inoperatividad de las políticas que fomenten el desarrollo y crecimiento de una economía formal.

Las cifras de la informalidad son alarmantes, según estudios del Instituto Nacional de Estadística e Informática (2022, p.71), esta afecta a alrededor del 76,8% de la población económicamente activa.

Frente a esta problemática, el Estado progresivamente ha venido implementando una serie de medidas con la finalidad de combatir la informalidad. Un ejemplo notable de este esfuerzo lo tenemos específicamente en el sector minero, que mediante de la promulgación de la Ley N.º 27651, se reconoce de manera tácita el gran problema de la minería informal. A través de esta ley, el Estado ha buscado una solución al crecimiento exponencial de la minería ilegal. Desde entonces, se han desplegado múltiples iniciativas con el fin de incorporar al mayor número posible de mineros en el ámbito formal. Estos esfuerzos se han reflejado en medidas como las numerosas prerrogativas asociadas a la Ley de Formalización de la Pequeña Minería y la Minería Artesanal, además de la implementación del Reinfo.

1.2. El proceso de formalización minera

Frente al desafío del crecimiento en la producción minera a pequeña escala, en el mandato presidencial de Alejandro Toledo, se implementó un primer intento de regular esta actividad mediante la instauración del proceso de formalización minera. Sin embargo, este primer esfuerzo no logró alcanzar los objetivos y metas propuestos. La aproximación más sistemática y completa para abordar y resolver esta cuestión comenzó a tomar forma durante el gobierno de Ollanta Humala. (Valdés et al., 2019)

La formalización es un proceso gradual y progresivo, diseñado para abordar los principales obstáculos que enfrentan los mineros en su camino hacia la formalidad. Este proceso está dirigido

a aquellos involucrados en actividades mineras de pequeña escala, lo que comprende tanto a la pequeña minería como a la minería artesanal.

Según la Defensoría del Pueblo, (2013), el sector minero se estratifica en cuatro niveles, distinguiéndose de acuerdo a su capacidad productiva, siendo estas de mayor a menor: la gran minería, mediana minería, pequeña minería y minería artesanal. Respecto a estas dos últimas, la pequeña minería se caracteriza por tener concesiones con un límite máximo de 2000 hectáreas y una producción diaria de hasta 350 toneladas. En contraste con la minería artesanal, que opera con concesiones de un tamaño máximo de 1000 hectáreas y una producción diaria que no excede las 350 toneladas.

1.3. Registro integral de formalización (REINFO)

El origen de este registro guarda especial conexión con el delito de minería ilegal. Previa a esta conexión, se tuvo que emitir el Decreto Legislativo N.º 1102, el cual incorporó en el 2012 al Código Penal, los delitos relacionados con la minería ilegal. Este cambio marcó un punto de referencia importante, ya que antes de esta modificación, la minería ilegal se consideraba una actividad económica informal y no un delito punible.

El 29 de diciembre de 2016, bajo el gobierno de Pedro Pablo Kuczynski, se publica el Decreto Legislativo N.º 1293, el cual crea el Reinfo. Este registro nació con el objetivo de inscribir a los sujetos comprendidos dentro del proceso de formalización minera integral.

Posteriormente, el 07 de enero de 2017, se realizaron modificaciones en el Código Penal según lo regulado en el Decreto Legislativo N.º 1351. Entre estas modificaciones se incluyó al artículo 307-A, que se refiere al delito de minería ilegal. Se estableció que aquellos fuera del proceso de formalización y que no iniciaron dicho proceso son considerados sujetos activos de este delito. Sin embargo, se exonera de responsabilidad penal a quienes iniciaron el proceso de formalización y se inscribieron en el Reinfo, así como a aquellos que comenzaron el proceso de formalización, pero no obtuvieron la autorización final o el reinicio de sus operaciones debido a negligencia de los funcionarios a cargo del proceso de formalización.

Es decir, a través del Decreto Legislativo N.º 1351, se exime de responsabilidad penal a aquellos mineros informales que desarrollan actividades mineras, pero se encuentran inscritos en el Reinfo bajo la designación de “en vías de formalización”. Sin embargo, muchos de ellos incumplen los requisitos administrativos ambientales, provocando un daño significativo al ecosistema; máxime si la gran mayoría de estos mineros nunca se llega formalizar.

Surge así la pregunta de si el Decreto Legislativo N.º 1351, destinado a fortalecer la seguridad ciudadana al modificar el Código Penal, está verdaderamente cumpliendo su objetivo.

1.4. Minería Informal e Ilegal

Mediante el Decreto Legislativo N.° 1105, se delinear claramente los procedimientos a ser seguidos en el proceso de formalización. Además, se proporcionan definiciones distintivas para la minería ilegal y la minería informal, destacando notables diferencias entre ambas categorías.

Tabla 1

Diferencias entre minero informal y minero ilegal

| Minero informal | Minero ilegal |
|--|---|
| Lo ejecuta quien inició el proceso de formalización. | No ha iniciado el proceso de formalización. |
| Puede llegar a ser formal. | No puede llegar a ser formal. |
| Se desarrolla en territorio no prohibido. | Su actividad la realiza en zonas prohibidas. |
| No se desempeña en ambientes acuáticos (ríos, lagunas y humedales). | Si trabaja en cuerpos de agua. |
| Utiliza maquinaria y equipo que no se adecúa a las especificaciones requeridas para la actividad minera que está llevando a cabo, o lo hace sin cumplir con los requisitos de las regulaciones legales correspondientes. | |
| No puede ser perseguido por el Estado, ni sujeto a decomiso o destrucción de maquinaria (interdicción). | Sí puede ser perseguido por el Estado, así como se le puede decomisar o destruir maquinaria (interdicción). |

Nota. Esta tabla muestra las diferencias entre el minero informal y el minero ilegal. Información extraída de Sociedad Peruana de Derecho Ambiental (SPDA) (2014) y el Decreto Legislativo N.° 1105.

La persecución que puede hacer el Estado al minero, es la diferenciación más relevante y comúnmente empleada para determinar la ilegalidad en la actividad minera.

Según el Ministerio del Ambiente [MINAM] (2016, p. 25), la ilegalidad se configura en situaciones que involucran la falta de un título minero, la carencia de un título que otorgue acceso a la superficie, la superposición de derechos con otros, la realización de actividades sin la documentación ambiental requerida, el no pago de tributos, la falta de cumplimiento de obligaciones laborales y de seguridad, entre otros.

En este contexto, la minería ilegal se puede definir como aquella que opera en áreas no autorizadas, utiliza equipos prohibidos o carece de la debida declaración de compromiso, lo que la excluye de la posibilidad de formalizarse. Por otro lado, el minero informal, aunque comparte algunas similitudes con el minero ilegal, trabaja en áreas no prohibidas y ha iniciado el proceso de formalización, con la opción de completarlo si cumple con los requisitos establecidos.

Aunque se advierta de una sustancial diferencia entre minero informal e ilegal, es importante señalar que el minero informal también opera sin cumplir plenamente con los requisitos del marco legal, lo que resulta en daños ambientales, afectando los derechos de otros ciudadanos y poniendo en peligro su propia salud. (Sociedad Peruana de Derecho Ambiental [SPDA], 2014)

Resulta más adecuado referirse a la categoría de "minería no formal". De esta manera, abarcamos tanto la minería ilegal como la informal, dejando a salvo las especificidades administrativas que establecen diferencias con la minería formal. Estas diferencias comprenden aspectos como los procedimientos legales, obligaciones tributarias, normativas laborales, trámites administrativos y responsabilidades sociales que el Estado requiere. (Valdés et al., 2019)

1.5. El impacto socioeconómico de la minería no formal en el Perú

De acuerdo al anuario minero del 2022, el sector minero es uno de los más importantes en el desarrollo de la economía peruana, destacándose por su notable contribución al Producto Bruto Interno (PBI) a través de diversas vías como la balanza comercial y las inversiones nacionales y extranjeras. Además, resalta la posición destacada de Perú como uno de los principales productores mundiales de minerales. De hecho, en el 2022, el sector minero representó el 8.3% del PBI nacional y contribuyó con el 58.9% de las exportaciones peruanas, así como el 10.8% de la inversión privada total y una participación significativa en la inversión extranjera directa. (Ministerio de Energía y Minas, 2023)

Sin duda la actividad minera representa un pilar económico significativo en nuestro país, pero la minería no formal a su vez, representa un fenómeno de relevancia crítica, con impactos significativos en diversos ámbitos socioeconómicos, al respecto, Torres Cuzcano (2015) aborda las consecuencias de estas actividades, las cuales podemos estructurar en dos grandes bloques:

1.5.1. Impacto económico

La minería no formal en el Perú ha generado ingresos sustanciales, estimados en aproximadamente 15,777 millones de dólares entre 2003 y 2014. Estos ingresos provienen tanto de la producción no registrada por el Ministerio de Energía y Minas (MINEM) como de la producción informal registrada. Este volumen de producción no formal representa una parte considerable del mercado aurífero del país y ha tenido un impacto significativo en la economía nacional. Sin embargo, esta actividad también ha resultado en una considerable evasión tributaria, estimada entre 520.6 y 1,741.8 millones de dólares en el mismo periodo, lo que equivale a un promedio anual de entre 43.4 y 145.1 millones de dólares. (p. 41-43)

La magnitud de estos montos no sólo refleja la capacidad productiva de los mineros no formales, sino también la pérdida de ingresos fiscales esenciales para el desarrollo económico del país. La recaudación fiscal se ve afectada, por la evasión de impuestos debilita la capacidad del Estado para financiar servicios públicos y realizar inversiones en infraestructura, salud y educación, perpetuando así ciclos de pobreza y subdesarrollo en las regiones afectadas por la minería no formal. (p. 45-48)

1.5.2. Debilidad institucional

Un factor determinante que ha permitido la expansión de la minería no formal en el Perú es la debilidad institucional, una debilidad no solo del gobierno en particular, sino del Estado mismo. A pesar de los esfuerzos por implementar marcos legales para la formalización de la minería, como la Ley de Formalización y Promoción de la Pequeña Minería y Minería Artesanal de 2002, la efectividad de estas políticas ha sido limitada. La insuficiente coordinación entre agencias gubernamentales ha obstaculizado los esfuerzos para regular y formalizar el sector minero. (p. 27-29)

Entre los factores determinantes en el aumento de la minería aurífera ilegal e informal que encuentra Torres Cuzcano (2015), se encuentra:

- a) Alza sostenida del precio internacional del oro.** El aumento continuo en el precio del oro a nivel mundial ha hecho que la minería aurífera ilegal e informal sea una actividad lucrativa, justificando el riesgo de operar al margen de la ley. El alto valor del oro ofrece grandes ganancias, lo que incentiva a muchas personas a involucrarse en estas actividades, a pesar de los peligros y la ilegalidad.
- b) Restricciones estructurales de la economía peruana para generar puestos de trabajo adecuados.** La economía del Perú enfrenta desafíos estructurales que limitan su capacidad para crear empleos formales y bien remunerados. Estas restricciones económicas empujan a muchas personas a buscar alternativas en la minería informal e ilegal como una fuente de ingresos.
- c) Preocupante debilidad institucional.** Las instituciones del país, encargadas de regular y supervisar las actividades mineras, muestran una preocupante debilidad institucional, y ello se demuestra con los esfuerzos por llevar a cabo la formalización minera la cual ha fracasado, incluso ha facilitado la expansión de la minería ilegal e informal, ya que hay menos control y sanciones para quienes operan fuera del marco legal.

Es así, como lamentablemente, estamos en un entorno en el que la minería no formal no solo persiste, sino que también crece.

1.6. La prórroga del periodo en la formalización minera

Debido a la gran importancia que tiene la pequeña minería y la minería artesanal en la actividad económica peruana, en estas dos últimas décadas se ha dilatado el esfuerzo por regular su funcionamiento. El propósito principal de esta regulación es incorporar a los mineros al sector formal del país. Así, han pasado 21 años desde que se promulgó la Ley N.º 27651, también conocida como Ley de Promoción y Formalización de la Pequeña Minería y Minería Artesanal, la cual regula el proceso de formalización minera, sorprendentemente, esta ley se ha ampliado hasta en cinco oportunidades a pesar de su ineficacia.

En el 2002 se publica la Ley N.º 27651, que tenía como objeto regular las actividades realizadas por la pequeña minería y la minería artesanal, procurando su crecimiento, promoción y protección; encargando al MINEM y a los organismos públicos descentralizados del sector, a elaborar el Plan de Desarrollo de la Minería Artesanal, mediante este plan se promovería y facilitaría la concesión de derechos mineros para aquellos que se encontraran realizando sus actividades en zonas mineras catastradas bajo el dominio estatal. Con esta Ley se esperaba que quienes practicaran la pequeña minería y minería artesanal, se llegaran a formalizar, concediéndoles beneficios.

Sin embargo, la ley mencionada no obtuvo los resultados esperados, es por eso que, en el 2011, mediante el Decreto Supremo N.º 013-2011-EM, se aprobó el Plan Nacional para la Formalización de la Minería Artesanal; posteriormente se emite en el 2012, el Decreto Legislativo N.º 1105, el cual delineó los procedimientos, requisitos y plazos que debían cumplir los sujetos que buscaban formalizarse. Se estableció un período de dos años para concluir el proceso de formalización, lo que implicaba que el plazo vencería en 2014.

Pero nuevamente se amplió el plazo hasta el 2016, a través del Decreto Supremo N.º 029-2014-PCM. El 29 de diciembre del 2016, el gobierno de Pedro Pablo Kuczynski crea el Reinfo, y mediante el Decreto Legislativo N.º 1293, se establece el plazo de 120 días hábiles para la inscripción de los mineros, los cuales comenzarían a contarse a partir del 06 de febrero del 2017. De igual manera, se extiende nuevamente el período para llevar a cabo la formalización hasta el año 2019, y se simplifica el procedimiento de formalización, requiriendo solo la presentación de un número de Registro Único de Contribuyentes (RUC) y una declaración jurada de compromiso para dar inicio al proceso de formalización.

En el 17 de octubre del 2019, se aprueba la Ley N.° 31007 que reestructura la inscripción al Reinfo, dando un plazo de 120 hábiles para la inscripción de los mineros, contándose desde los 60 días de luego de publicada la norma; anudado a ello, se prorroga una vez más la fecha límite para el proceso de formalización, extendiéndola hasta el 31 de diciembre de 2021.

Finalmente, el 31 de diciembre del 2021, a través de la Ley N.° 31388, se vuelve a prorrogar la vigencia del Proceso de Formalización Minera, el cual debería de culminar el 31 de diciembre de 2024. Pero hay una situación, si bien es cierto, se prorrogó el Proceso de Formalización Minera, más no se reguló nada en relación a la inscripción en el Reinfo, justamente este último es el que protege al minero en proceso de formalización, ya que no puede ser perseguido ni sancionado por delitos de minería ilegal.

En este contexto, el 11 de julio del 2022, el congresista Jorge Alfonso Marticorena presentó la iniciativa legislativa N.° 2519/2021-CR, el mismo que busca prorrogar o reabrir el REINFO por 90 días hábiles. Esto estaría dirigido a los pequeños mineros y mineros artesanales que no pudieron inscribirse en el REINFO y que, sin esta inscripción, no podrían continuar sus actividades mineras, a pesar de cumplir con las condiciones básicas para iniciar el proceso de formalización. Tal parece ser que las prórrogas aún no han terminado.

1.7. Desnaturalización del carácter excepcional y temporal de la ley N.° 27651

Bajo el amparo de la Ley N.° 26751, base normativa del proceso de formalización, se tuvo como objetivo combatir la minería ilegal, misma que está simplificada mediante el Decreto Legislativo N.° 1105 del año 2012; esta estrategia del Gobierno Nacional sirve como puente para iniciar el proceso de formalización y permite que mineros pertenecientes a la pequeña minería o minería artesanal del Perú puedan realizar la mencionada actividad, sin la necesidad de una concesión minera o en todo caso, contando con una no tenían la aquiescencia de una licencia ambiental o el apoyo de la comunidad.

Sin embargo, antes de la emisión de la Ley N.° 27651, la actividad minera estaba siendo realizada por mineros ilegales que carecían de un instrumento de gestión ambiental, como el Estudio de Impacto Ambiental Semidetallado. Ante esta circunstancia, se estableció un plazo para que la pequeña minería y la minería artesanal pudieran ajustarse y abordar las cuestiones ambientales necesarias. Tenían la obligación de presentar estos ajustes ante la Dirección General de Asuntos Ambientales del MINEM antes del 31 de diciembre de 2003, lo que les permitiría continuar sus operaciones mineras. Esto se basa en lo regulado en el Artículo 1 de la Ley N.° 28073. La diferencia clave radicaba en que, a partir de entonces, estos mineros tendrían su propia

concesión minera y, en un futuro cercano, contarían con un documento de planificación ambiental adecuado.

A pesar de la iniciativa legislativa peruana por querer formalizar esta actividad minera respecto a la pequeña minería o minería artesanal, no se logró los resultados esperados, debido a que mineros ilegales utilizan esta regulación normativa para disfrazarse de mineros informales, tal como lo analizaremos en el siguiente apartado, y a su vez, llevar este proceso de formalización con la expectativa de no concluirlo satisfactoriamente.

De acuerdo al análisis y recomendaciones de la Comisión de Desarrollo Minero Sostenible, nuestro país tiene alrededor de 20 normas respecto a la regulación del proceso de formalización, entre ellas encontramos Leyes, Decretos Legislativos y Decretos de Urgencia, una regulación que inició desde el año 2002, así como un régimen especial para la pequeña minería y minería artesanal peruana. No obstante, se evidencia una débil política contra la minería ilegal, generando un problema en el entorno ambiental y viola los derechos humanos de aquellas personas que viven cerca de determinados proyectos mineros. (León & Gamboa, 2020)

1.8. ¿Minería ilegal disfrazada de la minería informal?

A pesar de la oposición pública manifestada por el Ministerio del Ambiente [Perfil de Twitter] (2021), donde se afirmó que, la ampliación al proceso de formalización minera representaría una seria amenaza para el medio ambiente y una regresión en la batalla contra la minería ilegal, además de la insatisfacción de diversas organizaciones de la sociedad civil, el Poder Ejecutivo promulgó la Ley N.º 31388, la cual prolonga hasta el año 2024 el proceso de legalización de la minería.

A su vez, el Ministerio del Ambiente (en adelante MINAM) señaló que la Ley 31388 no motiva a los mineros que han avanzado en su proceso de formalización, al mismo tiempo que podría permitir la inclusión de los mineros que han sido suspendidos debido a su falta de cumplimiento de las obligaciones básicas. (Rivera Daza, 2022)

Por su parte, la SPDA (2022) señala que, son numerosos los operadores ilegales se registran en el Reinfo sin que hagan un cambio en sus prácticas. Por lo tanto, la exoneración de responsabilidad penal para aquellos mineros informales que están inscritos en el Reinfo, el mismo que carecen de compromisos u obligaciones definidos, representan un retroceso en los esfuerzos dirigidos a prevenir y gestionar adecuadamente los aspectos sociales y ambientales de la minería informal.

Araujo (citado por SPDA, 2022), quien es el director de la Iniciativa de Justicia Ambiental de la Sociedad Peruana de Derecho Ambiental, resalta que la extensión del proceso de formalización

plantea ciertos problemas, como la demora en la ejecución de acciones destinadas a prevenir, restaurar y mitigar los impactos ambientales que se encuentran en el IGAFOM. Además, esta ampliación puede desmotivar a aquellos que han avanzado en el proceso de elaboración y presentación ante el MINEM.

Asimismo, el Observatorio de minería ilegal y actividades vinculadas en Áreas Claves de Biodiversidad, (2021), mostró su rechazo a la decisión del Congreso en ampliar el proceso de formalización minera por tres años. Tal observatorio sostiene que, la medida desnaturaliza el carácter excepcional y temporal de la normal, más aún cuando luego de 19 años desde el nacimiento del proceso de formalización, sigue sin cumplir su objetivo inicial, por lo que exigieron al presidente de la república y a la presidenta del consejo de ministros, de asegurar los compromisos políticos de lucha contra la minería ilegal. Tal medida no fue observada.

Por todo lo expuesto, podemos afirmar que, la minería ilegal estaría siendo disfrazada de minería informal debido a la prolongación del proceso de formalización sin cumplimiento efectivo de obligaciones, la falta de cambio en las prácticas de los inscritos en el Reinfo, la desmotivación de mineros que han avanzado en su formalización (muchos de ellos nunca terminan el proceso de formalización), el retardo en acciones ambientales y la desnaturalización del carácter temporal del proceso de formalización.

2. De la problemática planteada

Luego de un desarrollo sucinto respecto a las cuestiones preliminares sobre el desafío de la formalización minera, en específico, de la pequeña minería y la minería artesanal, corresponde plantear la problemática expuesta, esto es: ¿Son efectivos los incentivos estatales, como las continuas prórrogas del proceso de formalización, la creación del Registro Integral de Formalización Minera y la exoneración de responsabilidad penal, para promover la formalización de la minería? Ante la pregunta expuesta, debemos de tratar los siguientes aspectos:

2.1. ¿Cuál es el propósito de una ley?

Al respecto, Guastini (2000, citado por Caballero Álvarez, 2019), la ley contiene dos dimensiones, una material – referido al contenido normativo con independencia del órgano del cual emana – y una formal – referida al acto o documento que emana del poder legislativo, con independencia de su contenido normativo –, de estas se pueden distinguir tres tipos de “leyes”: (1) en sentido sólo formal, es decir, leyes en las que el órgano legislativo ha emitido, pero que no tienen contenido normativo; (2) en sentido sólo material, acá encontramos a leyes emitidas por un órgano no legislativo, pero que está dotada de contenido normativo; finalmente, (3) en sentido formal y

material a la vez, se encuentran acá las leyes que son emitidas por el órgano legislativo y cuentan con un contenido normativo.

El propósito de una ley se encuentra estrechamente relacionada en su dimensión material, esto es, en su contenido normativo, aunque sea el aspecto formal que le da la legitimación para su aplicación. Al respecto, Murto (2007, citado por Caballero Álvarez, 2019, p. 413), sostiene que un sistema normativo formal y material contiene tres aspectos centrales:

- i. Regular la convivencia social y organizar el aparato estatal mediante reglas e instituciones.
- ii. Utilizar la norma como un instrumento de dirección y criterio orientador para alcanzar importantes fines.
- iii. Asegurar que las normas derivadas del ejercicio legislativo sean producto de una reflexión profunda sobre la realidad nacional.

Las normas jurídicas, al ser juicios de valor sobre lo que debería ser, se expresan mediante una fórmula: Si "A" es, entonces "B" debe ser. En esta fórmula, "A" representa el antecedente que está condicionada a la aplicación de la consecuencia "B". Esto nos lleva a entender la norma jurídica como un programa de conducta que regula la convivencia social en un tiempo y lugar específicos, estableciendo derechos y deberes cuya observancia puede ser impuesta de manera coercitiva. (Torres Cuzcano, 2015, p. 229)

Vemos pues, que las leyes desempeñan un papel fundamental en la sociedad, lo que impone al legislador una gran responsabilidad de seguir un proceso legislativo riguroso, basado en estudios serios y profesionales, para crear leyes eficaces. Sin embargo, la tarea legislativa no termina con la promulgación de una ley; es necesario realizar ajustes y modificaciones periódicas basadas en una reflexión profunda y objetiva sobre la realidad nacional. Las leyes no son estáticas ni definitivas; deben adaptarse continuamente a las necesidades sociales y políticas. Por lo tanto, la elaboración de diagnósticos debe ser un proceso permanente y cíclico. En este contexto, es esencial que, en este diagnóstico, se revise la propia ley para evaluar su efectividad, esto es, determinar si cumple con los objetivos originalmente planteados o con sus modificaciones subsecuentes. (Caballero Álvarez, 2019, p. 414)

2.2. Criterios para evaluar una ley

Según el Centro de Estudios Espinoza Yglesias (2010), la calidad y evaluación de las leyes suelen identificar dos componentes básicos en el análisis de las leyes, el análisis legal (es decir, si la ley es clara, precisa y congruente) y el análisis de la efectividad y eficacia de la ley (esto es, identificar los efectos de la nueva regulación en un grupo específicos de ciudadanos, en el aparato

del Estado y en la sociedad en general para asegurar que se correspondan con la voluntad del legislador). En este último, se analiza el costo-beneficio y manifestaciones del impacto regulatorio. Esta evaluación legislativa se suele llevar a cabo antes y después de la promulgación de la norma.

Dentro de los criterios generales que establece la OECD (2001, citado por el Centro de Estudios Espinoza Yglesias, 2010) para realizar una evaluación de alguna legislación, tenemos los siguientes:

- a.** Definición correcta del problema: El problema debe describirse con claridad, respaldado por evidencia sobre su naturaleza, magnitud y origen, incluyendo los incentivos.
- b.** Justificación de la acción estatal: Se requiere evidencia suficiente que respalde la necesidad de la regulación. Esto implica evaluar la naturaleza del problema, los costos y beneficios de la implementación realista, y considerar las alternativas de política pública, incluida la no acción como primera alternativa.
- c.** Justificación de la regulación particular: Es necesario comparar alternativas regulatorias y no regulatorias, evaluando riesgos, costos, beneficios, efectos distributivos y requisitos administrativos, etc.
- d.** Sustento legal de la regulación: La regulación debe respetar el Estado de derecho, estar alineada con la legislación vigente y los principios de certeza, proporcionalidad y equidad. Además, debe especificar las partes de la legislación actual que serán modificadas.
- e.** Determinación del ámbito estatal apropiado: Se debe justificar qué nivel de gobierno es responsable de la implementación y monitoreo de la norma, estableciendo procedimientos de coordinación eficaces.
- f.** Comparación de costos y beneficios: Calcular los costos totales y específicos para ciudadanos, organizaciones, sectores y el Estado, asegurando que el efecto global sea positivo.
- g.** La distribución de costos en la sociedad debe ser transparente: Es necesario establecer explícitamente los cambios en el bienestar relativo de los diferentes grupos sociales.
- h.** Claridad y accesibilidad: La norma tiene que estar presentada de manera que sea fácilmente consultable y comprensible para el público interesado.
- i.** Consultas: Involucrar a todos los actores relevantes, tanto privados como públicos y de la sociedad civil, en el proceso de opinión sobre la nueva regulación. La elaboración de normas debe ser transparente.

- j. Explicación de cómo se conseguirá el cumplimiento de las disposiciones: Se deben estudiar los incentivos y el marco institucional necesarios para asegurar que los actores relevantes observen la ley. Esto incluye analizar los costos de cumplimiento y de hacer cumplir la ley, así como los trámites necesarios, y establecer parámetros para medir el éxito de la norma.

En palabras de Díaz y Soto Velasco (2009, citado por Caballero Álvarez, R., 2019), el momento *ex post*, es decir, después de la promulgación de una norma, es crucial para someter la ley y sus efectos a un escrutinio detallado. A diferencia de la evaluación *ex ante*, que se enfoca en la configuración de la norma antes de su promulgación, la evaluación *ex post* permite un análisis profundo de su impacto real. Entre las ventajas de evaluar una ley en vigor, los autores destacan las siguientes:

- i. Cumplimiento de propósitos: La evaluación *ex post* permite determinar si la ley ha cumplido con sus objetivos originales. Este análisis beneficia a los órganos legislativos al proporcionar reconocimiento por una labor legislativa adecuada.
- ii. Identificación de áreas de oportunidad: Permite identificar áreas de mejora, estableciendo las bases para una posible reforma legislativa que optimice la eficacia de la ley.
- iii. Corrección de efectos colaterales: Si la legislación presenta efectos negativos no previstos, la evaluación *ex post* facilita su identificación y corrección a través de modificaciones legales.
- iv. Propuestas de cambio: De esta evaluación emergen propuestas de cambio que pueden mejorar la legislación y su aplicación.

En palabras de Caballero Álvarez (2019), los mismos autores señalan que, con esta serie de criterios, en una evaluación *ex post*, nos permite corregir los errores de las leyes aprobadas en el pasado. Esta evaluación recuerda al legislador que las leyes que promulga tienen efectos concretos y medibles, por lo que es necesario someterlas a una evaluación futura para corregir cualquier error.

2.3. Razones económicas y justificación legislativa

La teoría de la legislación ha experimentado numerosos giros en las últimas décadas, evidenciado por la implementación de programas de mejora regulatoria por parte de la OCDE y la Unión Europea. Un elemento central en estos programas es la evaluación del impacto económico de las normas, que hoy en día ha cobrado un protagonismo significativo.

El análisis económico del Derecho (en adelante AED), según Mercado Pacheco, (2013), trae consigo una reformulación entre la ciencia jurídica y ciencia económica. La teoría económica se

constituye como una herramienta capaz de predecir el comportamiento de las personas bajo diversas reglas jurídicas. De esta manera, el sistema jurídico se reinterpreta como un conjunto de incentivos y obstáculos, donde las normas establecen "precios" que fomentan o desalientan ciertas acciones. Además, el AED redefine la función económica del derecho, viéndolo como un mecanismo de asignación y distribución de recursos. En este sentido, un mercado no puede existir sin un entorno jurídico, lo que convierte al marco jurídico-institucional en un elemento crucial para el desarrollo económico. Así, el AED se presenta como una clave para entender la relación entre el sistema jurídico y económico.

En palabras de Atienza (2006, citado por Mercado Pacheco, 2013), la ciencia jurídica y la teoría del derecho han evolucionado desde una postura positivista a un modelo más flexible, basado tanto en normas como en principios. Este nuevo enfoque requiere la ponderación de argumentos y la búsqueda de la mejor decisión posible. El AED encuentra su lugar al proporcionar argumentos económicos, modelos, métodos empíricos e instrumentos desarrollados por la ciencia económica, los cuales son esenciales para evaluar soluciones jurídicas.

La fortaleza del AED, como señala Mercado Pacheco (2013), radica en su carácter empírico y cuantitativo, ofreciendo una fuerza pragmática que complementa los argumentos cualitativos de justicia tradicionalmente empleado por los juristas.

Vemos pues que el AED se presenta como un aliado del sistema jurídico, el cual ayuda a realizar un estudio de impacto normativo en el *ex ante* de la norma, este estudio constituye una base pragmática y fundamental de una justificación de la norma, de esta forma, solo se emiten normas necesarias, que sean proporcionales a las finalidades que persigue el legislador, esto es, que cuando se apliquen, cumplan sus objetivos. De esta forma, el AED en la fase inicial de un estudio de impacto, nos ayuda a identificar el problema (ayuda a esclarecer las causas del incumplimiento de una norma o de su falta de eficacia, de acuerdo a ello propone incentivos y motivaciones). Asimismo, se nos permite realizar tres juicios de valor importante en un *ex ante* de la norma: (1) determinar qué alternativas políticas son viables; (2) identificar entre las alternativas cuáles propuestas son más eficaces y eficientes; y (3) realizar un balance entre los costes estimados y los beneficios. Por otro lado, ayuda a realizar una evaluación *ex post* de las medidas adoptadas. (Mercado Pacheco, 2013)

En este contexto, sin duda queda expresa la gran importancia del AED en el sistema jurídico, pero ello no quiere decir que, se deba preferir o ponderar sobre todo la cuantificación de los argumentos económicos frente a los jurídicos. De hecho, Mercado Pacheco (2013), sugiere que la evaluación económica de la ley puede contribuir a mejorar una ley, pero no debe considerarse como la única razón para elegir una ley sobre otra. Es importante realizar una ponderación en el

proceso legislativo, donde se responda a la interrogante fundamental de qué ley debe regir la ciudad, sin que el cálculo económico eclipse la discusión sobre la mejor ley. Es necesario que los mercados deban ser evaluados según criterios jurídicos que son el resultado de decisiones políticas, y no al revés

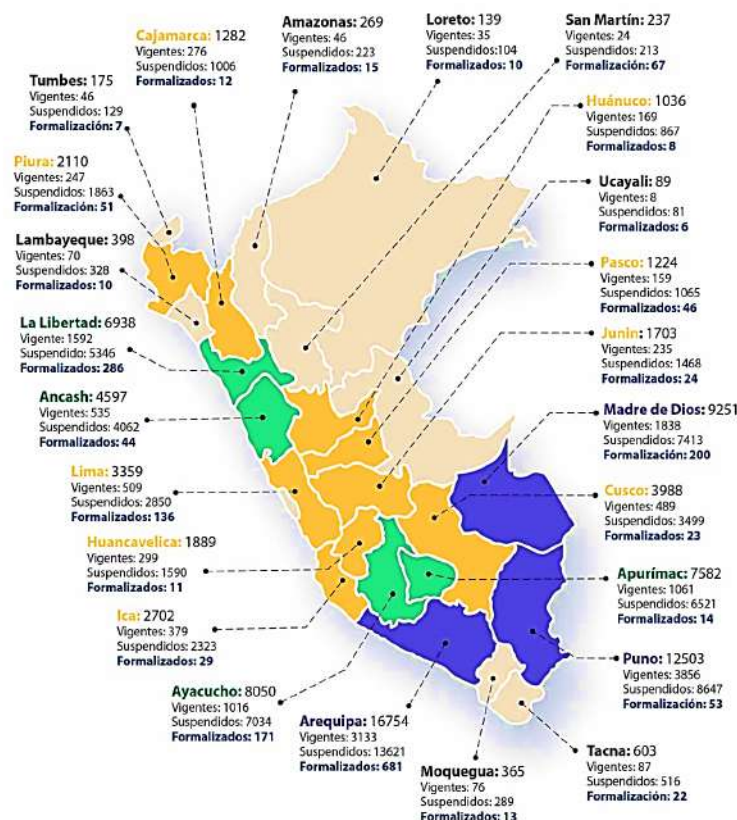
2.4. Mineros informales según REINFO

Según lo regulado en el Decreto Supremo N.° 018-2017-EM, cuando un minero perteneciente a la pequeña minería o minería artesanal se registra en el Reinfo, se le otorga un estado de inscripción vigente. Esta situación marca el inicio del proceso integral de formalización minera y categoriza al minero como "minero informal". En esta calidad, el minero lleva a cabo actividades mineras en cumplimiento de los compromisos y requisitos establecidos durante su inscripción en el Registro. Además, se obligan a cumplir con las condiciones necesarias para la conclusión exitosa del proceso de formalización minera integral.

En el caso del Decreto Supremo N.° 009-2021-EM, se establece que el incumplimiento de los requisitos y condiciones para mantenerse en conformidad con los plazos definidos en el artículo 2 del Decreto Supremo N.° 032-2020-EM, el cual establece los plazos para la presentación de una serie de requisitos y condiciones que el mismo cuerpo normativo establece, el plazo que establece este Decreto Supremo, varía entre el 30 de abril y 31 de julio del 2021, es decir, que el minero que no presentaba los requisitos hasta el plazo requerido, pasaba a un estado de suspendido, lo que significaba la pérdida de vigencia en el Reinfo, debiendo paralizar su actividad minera. Sin embargo, el 30 de abril del 2021, se publicó el Decreto Supremo N.° 009-2021-EM, lo que supondría un salvavidas para aquellos mineros que no presentaron los requisitos en los plazos correspondientes, toda vez que, en su artículo 4, establece una serie de requisitos por los cuales se lograría un levantamiento de la suspensión.

De acuerdo con los datos presentados en el portal web del Registro Integral de Formalización Minera, actualmente se registra un total de 87,267 mineros inscritos en el sistema. De este grupo, 16,216 mineros tienen un estado de "vigente", mientras que 71,051 mineros se encuentran en estado "suspendido". En contraste, los datos proporcionados en el sitio web del Ministerio de Energía y Minas (en adelante MINEM) para el mismo año indican que únicamente 1,940 mineros han completado el proceso de formalización desde su inicio, esto representa aproximadamente el 2.22% del total de 87,627 mineros registrados en el Reinfo. Es importante señalar que las regiones de Arequipa, Puno y Madre de Dios albergan la mayor concentración de mineros informales.

Figura 1
Mineros inscritos en el Reinfo y formalizados



Nota. El gráfico representa las regiones del Perú con datos precisos sobre la cantidad de mineros inscritos en el Reinfo, incluyendo tanto a los vigentes como a los suspendidos, junto con la cifra de mineros que han completado el proceso de formalización. Información extraída del portal web del Registro Integral de Formalización Minera y del sitio web del Ministerio de Energía y Minas.

Los datos que nos brinda el apartado que nos antecede son alarmantes, a pesar de los esfuerzos que hace el estado emitiendo diversas facilidades para que un minero pueda ser formal, muchos de los mineros que se encuentran en vías de formalización, no terminan el proceso, esta renuencia persistente a formalizarse es debido a la evidente comodidad en la que se encuentran.

2.5. ¿Por qué los mineros ilegales no se formalizan?

Hasta este momento, se hace evidente un aspecto crucial: los mineros informales muestran una renuencia persistente a formalizarse, debido a los beneficios que estos obtienen por estar en

vías de formalización. En otras palabras, con la obtención del Registro Especial de Minería Informal (REINFO), ya cuentan con la exención de responsabilidad penal por el delito de minería ilegal. Ante tal situación, surge la pregunta: ¿por qué los mineros ilegales no se unen en un proceso de formalización para aprovechar los mismos beneficios? La respuesta inmediata podría radicar en que, aunque el REINFO está en proceso de prórroga de su vigencia, no se ha extendido la posibilidad de incorporar a nuevos mineros en dicho registro, por otra parte, una respuesta más analítica nos conllevaría a analizar la pregunta en torno al principio de oportunidad.

De acuerdo con Bovino (1996), el principio de oportunidad se justifica en las teorías utilitarias de la pena, que reconocen la aplicación del derecho penal como un medio para prevenir hechos considerados socialmente disvaliosos, en lugar de ser un imperativo metafísico de justicia. Con ello, aun cuando el órgano encargado de la persecución penal, tenga en sus manos la noticia de un hecho punible, o incluso objetos de prueba que hagan que el fiscal sospeche de la comisión de un hecho que evidencie su perpetración del imputado, este prescinda de ella por motivos de una utilidad social. Es decir, aun cuando por medio de este principio actúa como una excepción de la legalidad, no aparta de esta última al sistema de justicia.

El artículo 2 del Nuevo Código Procesal Penal peruano (en adelante NCPP) aborda el principio de oportunidad, otorgando al Ministerio Público la facultad de abstenerse de ejercitar la acción penal de oficio o a pedido de parte del imputado, bajo ciertas pautas, en las que resalta que el agente activo haya sido afectado gravemente por las consecuencias de su delito (ya sea este doloso o culposo), siempre y cuando su delito no prevea una pena privativa de la libertad no mayor de 04 años y la pena resulte innecesaria. Además, se señala que el delito no debe afectar gravemente el interés público, salvo cuando el extremo mínimo de la pena sea superior a los dos años de pena privativa de la libertad. Por último, se establece la posibilidad de que el fiscal pueda determinar que no existe un interés público seriamente comprometido en la persecución del delito.

En este mismo artículo 2 del NCPP, se detallan diversos escenarios que regulan de manera más específica el principio de oportunidad, siendo relevante el inciso 8. En este inciso se establece una excepción para los delitos 307-A, 307-B, 307-C, 307-D y 307-E del Código Penal, que se refieren al delito de minería ilegal.

En este contexto, es llamativo, según Maier (1995, citado por Bovino, 1996), que, a pesar de que los fundamentos del principio de oportunidad se sustentan en la descriminalización de ciertos actos punibles, donde otras formas de reacción frente al comportamiento desviado podrían ser más efectivas o innecesaria su aplicación, y en la eficiencia del sistema penal al descartar casos menos graves para centrarse en aquellos donde la acción penal es imprescindible, se haya introducido el tipo penal autónomo del delito de minería ilegal (307-A). Este delito conlleva una

pena privativa de libertad no menor de 04 años y no mayor de 08 años. Resulta evidente que, si se quisiera aplicar el principio de oportunidad al delito de minería ilegal, debería hacerse mediante una excepción.

En un estudio estadístico elaborado por el Observatorio Nacional de Política Criminal (2021), se advirtió que, el uso del principio de oportunidad en los casos de minería ilegal es preocupante, ya que el monto de reparación civil a favor del Estado es ínfimo, no correspondiendo el grado de afectación que causa la actividad minera ilegal en el ambiente, ya que en estos delitos ocasionan un daño de forma irreparable. De acuerdo con la revisión de seis expedientes, la sanción impuesta varía en un rango entre S/ 3,000.00 y S/ 5,000.00 soles.

En este marco, el delito de minería ilegal compromete la naturaleza del principio de oportunidad. No es posible considerar que el daño ambiental causado por la minería ilegal sea un hecho que no afecte al interés público. Asimismo, no es de buen recibo la idea de que la pena para este delito sea innecesaria. Resulta difícil concebir que se prefiera prescindir de la acción penal con motivaciones utilitaristas, especialmente cuando se trata de un delito de tal magnitud.

En suma, muchos mineros ilegales evitaron ingresar a los procesos de formalización cuando pudieron, principalmente debido al principio de oportunidad que les ofrece una salida cuando son detectados, evitando así enfrentar responsabilidades por el delito de minería ilegal. Anudado a ello, los mineros ilegales no presentan preocupación alguna por las dimensiones de extracción en las que operan, no teniendo reparos en explotar más hectáreas y toneladas que la minería artesanal o pequeña minería. Asimismo, podrían llevar a cabo sus actividades en áreas prohibidas y cuerpos de agua, lo cual consideran beneficioso para aumentar la productividad. Por último, la falta de preocupación por las obligaciones que conllevaría la formalización también podría ser un factor que contribuye a la reticencia de los mineros ilegales a formalizarse.

2.6. Implicaciones significativas de la minería no formal

Innegablemente, la región que ha experimentado un impacto significativo en términos de deforestación debido a la minería no formal en Madre de Dios. Según datos del Centro de Innovación Científica Amazónica (CIN CIA), una entidad establecida en 2016 en colaboración con la Universidad de Wake Forest de los Estados Unidos, los mineros han deforestado aproximadamente 95,750 hectáreas en un período de 32 años, comprendido entre 1985 y 2017. (Romo, 2018, citado por Valdés et al., 2019)

Desafortunadamente, la ausencia de puestos de trabajo seguros, la inexistencia de empleos adecuados y la limitada intervención del Estado en la mayoría de las regiones donde prospera la minería ilegal y no regulada contribuyen al incremento de la minería informal.

Este contexto traslada la tradición de origen campesino, en la cual toda la familia participa en las labores agropecuarias que constituyen la base de la subsistencia en las zonas rurales, en actividades contraproducentes como la minería artesanal. Esto conlleva a problemas tanto en el sector salud como en el económico.

Según la investigación presentado por el Proyecto Prevenir de USAID (2020) durante el evento "Radiografía de la Minería Artesanal y de Pequeña Escala en Madre de Dios" en 2020, se determinó que, dentro del área de análisis, aproximadamente 5,888 personas laboran en la minería formal, 31,390 están involucradas en la minería informal, y 9,323 se dedican a la minería ilegal. Los estudiosos emplearon un enfoque de investigación indirecta que implicó en el análisis de imágenes satelitales de alta resolución, realizadas por un equipo de especialistas en tecnología geoespacial. Esto les permitió identificar y clasificar un total de 3,551 áreas con maquinaria relacionada con la actividad minera, tanto en el sector informal como en el ilegal.

Estos descubrimientos representan una cifra considerablemente mayor que las estimaciones proporcionadas por la Comisión para el Desarrollo Minero Sostenible en 2020, la cual estimó que alrededor de 50,000 personas en el país estaban involucradas en esta actividad. Esto enfatiza la urgencia de continuar investigando y estudiando el tema para comprender de manera más precisa y detallada la realidad de la minería en este contexto. (Proyecto Prevenir de USAID, 2020)

En las áreas donde se realiza la minería informal, que suelen ubicarse en áreas remotas lejos de los centros urbanos, el oro atraviesa un extenso proceso que involucra frecuentemente actividades ilegales debido a sus lucrativos incentivos económicos. Esta industria se relaciona con una serie de delitos que abarcan desde el narcotráfico, trabajo forzado, explotación infantil, trata de personas, sicariato, extorsión, homicidio, usurpación de tierras y evasión fiscal. Además, tiene un impacto significativo en los bosques y contribuye al agravamiento del cambio climático. Para dar fe de esta realidad, tenemos el caso de la comunidad de San Sebastián de Suyo, que se encuentra en el distrito de Suyo, provincia de Ayabaca, en la región de Piura. En esta zona, aproximadamente 16,000 hectáreas están destinadas a la minería no regulada, y la presencia del Estado es prácticamente inexistente, excepto por operativos ocasionales. El 19 de enero, un día antes de la celebración del 162º aniversario del distrito de Suyo, Wilbelder Ángel Vegas Torres, quien desempeñaba como presidente del Frente de Defensa de la Comunidad Campesina San Sebastián, fue asesinado a tiros con diez disparos. Él expresaba una fuerte oposición en la manera en que se desarrollaba la minería en la región. Este trágico suceso ilustra a todas luces el ambiente de violencia que prevalece en las zonas de minería no formal. La actividad minera atrae delincuentes debido a la circulación de dinero y oro en bruto, lo que genera un alto riesgo de conflictos y violencia. (Valdés et al., 2019)

Respecto a la explotación laboral, un caso extremo de esta situación se halla en la Rinconada, Puno, a una altitud que supera los 5,000 metros, donde un gran número de personas se dedican a la búsqueda de oro en circunstancias extremadamente adversas. El sistema de remuneración empleado se conoce como “cachorro”, donde los trabajadores laboran durante veinticinco días sin recibir un salario para sí mismos, y solo 5 días para su mismo beneficio. Además, las “pallaqueras” son mujeres que buscan oro entre los desechos extraídos de la mina, materia que ya no es deseada por nadie. Esta es una realidad en la que cientos de mujeres se ven compelidas a trabajar en condiciones sumamente difíciles. Estas dinámicas laborales reflejan estructuras que evocan la época medieval, lo cual es una situación enormemente problemática de conciliar con los valores y estándares laborales contemporáneos. (Valdés et al., 2019)

Conforme al Instituto Nacional de Estadística e Informática (2020), la trata de personas se materializa a través de la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de individuos, involucrando amenazas, el uso de la fuerza u otras formas de coacción. A menudo, este proceso se efectúa a través de engañosas propuestas de empleo que ofrecen salarios atractivos, a menudo en ocupaciones poco calificadas. Además, en las proximidades de la minería informal, es común detectar la existencia de bares, cantinas, restaurantes o clubes nocturnos que funcionan como fachadas para prostíbulos ilegales. En estas áreas, es posible que se desarrollen actividades ilícitas, como la explotación sexual de mujeres y menores de edad. (Ministerio de Justicia, 2015)

La trata de personas es un acto criminal que se manifiesta de manera significativa en contextos de vulnerabilidad, como es el caso de la minería informal, misma que, aunque se ha intentado regularizarla a través de la formalización, sigue operando al margen de las instituciones.

Se puede identificar una conexión subyacente entre la minería informal y la trata de personas con propósito de explotación sexual, ya que comparten un marco simbólico común en la comprensión del desarrollo económico. En otras palabras, ambas actividades deshumanizan a las personas con el objetivo de mejorar su situación económica. El vínculo entre ambas actividades se basa, en primer lugar, en las ganancias económicas que ambas generan, y, en segundo lugar, en el aprovechamiento de la condición de vulnerabilidad económica de las víctimas de trata y de los trabajadores mineros.

Es una realidad que la minería no formal, al igual que cualquier otra actividad económica ilegal, tiende a operar en áreas donde la presencia y control del Estado son limitados. Paradójicamente, en ciertos casos, esto puede requerir la corrupción de funcionarios responsables de aplicar y hacer cumplir las normativas legales, ya sea para evitar que intervengan en las actividades ilegales o para obtener su cooperación en su desarrollo. Esta dinámica destaca los desafíos significativos a los que se enfrentan tanto las autoridades como la sociedad en la batalla

contra la minería no formal y otras actividades ilegales, donde la corrupción y la falta de regulación adecuada pueden fomentar y perpetuar estas prácticas. Es fundamental que el Estado combata la corrupción y fortalezca su capacidad de aplicación de la ley para abordar eficazmente estos problemas.

En 2018, se produjo un incidente inusual en el cual 2 oficiales de la Marina estuvieron bajo investigación, enfrentaron una acusación y posteriormente fueron condenados debido a su participación en la cobranza de sobornos a traficantes de combustibles destinados a la minería no formal que operaban en el río Inambari. Estos oficiales obtuvieron una cantidad sustancial de dinero a cambio de permitir el paso de un convoy compuesto por 26 embarcaciones de combustible a través de un puesto de vigilancia de la Marina de Guerra del Perú. (Valdés et al., 2019)

La corrupción puede destruir los esfuerzos dirigidos a combatir esta actividad informal, lo cual subraya la necesidad de fortalecer la integridad y el cumplimiento de la ley en todos los niveles del gobierno.

2.7. La ineficacia de la formalización minera en el Perú

En este apartado evaluaremos la formalización minera en el Perú, siguiendo los criterios de expuestos en los apartados “II-A”, “II-B” y “II-C”, de esta forma haremos una evaluación ex post de Ley N. ° 27651, con sus correspondientes prórrogas; el Decreto Supremo N.° 029-2014-PCM que crea el Reinfo; y finalmente el Decreto Legislativo N.° 1351, que crea una exención penal para aquellos mineros que se encuentran en proceso de adquirir un estatus formal.

Tal como hemos desarrollado, el propósito de una ley tiene tres aspectos centrales, entre ellas tenemos, ser un instrumento de dirección para alcanzar cierto fin, de esta forma, la Ley N. ° 27651 nace con un objetivo, el de instaurar el proceso de formalización minera, de esta manera se buscó bajar los altísimos niveles de ilegalidad que existía en el sector minero, sin duda esta ley está acorde a otro propósito de la ley, la de ser un producto sobre la realidad social, es decir, frente a un problema, surge una solución en sintonía con las necesidades sociales y políticas. Pero la realidad nacional no es la misma siempre, y las leyes deben estar en un proceso de diagnóstico permanente; la realidad nos muestra este extremo distorsionado, pareciera que las continuas prórrogas a la Ley N. ° 27651 se dan poco antes que, si vigor culmine, sin un correcto procedimiento evaluativo.

Para una evaluación ex ante, seguiremos el procedimiento evaluativo que plantean Díaz y Soto Velasco (2009, citado por Caballero Álvarez, 2019), una evaluación luego de 21 años de prórrogas a la Ley N. ° 27651, para tal fin, debemos preguntarnos lo siguiente:

2.7.1. ¿La ley ha cumplido su objetivo?

Comencemos recordando el objetivo de la ley, está en esencia fue que los mineros ilegales se lleguen a formalizar. Al respecto, según los datos expuestos en el apartado "II-D", indican que, a la actualidad, desde la creación de la creación del Reinfo en el 2016 a la fecha, se han registrado un total 87,267 mineros, de los cuales, hasta la fecha, solo 1,940 mineros han llegado a culminar su proceso de formalización. Es decir, tan solo el 2.22% del total de mineros inscritos llegan a formalizarse.

De la misma forma, del total de mineros inscritos, es decir, 71,051 mineros, se encuentran en estado "suspendido", mientras que tan solo 16,216 mineros tienen un estado de "vigente". Si analizamos estos datos y los transformamos a porcentajes, se tiene que, el 81.4% de los mineros están en estado suspendido.

De lo antecedido, se obtienen los siguientes datos:

- **Baja tasa de formalización:** De los datos analizados, podemos advertir que encontramos una tasa de formalización del 2.22%, esta cifra es extremadamente baja. Esto indica que, a pesar de la existencia del proceso de formalización, existe una muy minúscula fracción de los mineros ha logrado completar el proceso.
- **Alta tasa de suspensión:** El hecho de que el 81.4% de los mineros registrados estén en estado "suspendido" demuestra una seria falta de satisfacción de las condiciones necesarias para avanzar en la formalización. Esto puede interpretarse tanto como una falta de interés como una incapacidad del minero en vías de formalización para cumplir con los requisitos establecidos para culminar la etapa de formalización.
- **Indicadores de falta de eficacia:** Los datos de los mineros inscritos al Reinfo, en contraste con los mineros formalizados, muestran una alta proporción de mineros suspendidos y la baja tasa de mineros formalizados. Estos resultados demuestran una errónea implementación del proceso de formalización, las causas de este fracaso podrían ser causadas por una falta de incentivos adecuados o la complejidad del proceso mismo. De ello lo trataremos en la siguiente pregunta.

Se concluye que, al solo existir la estrepitosa cifra del 2.22% de mineros registrados con el proceso de formalización finalizado y el 81.4% de mineros registrados en el Reinfo con un estado suspendido, se puede concluir que la Ley N. ° 27651 no ha cumplido efectivamente su objetivo de formalizar a los mineros ilegales.

2.7.2. ¿Se ha identificado áreas de mejora?

La Ley N.° 27651 nace en el 2002 otorgando beneficios tributarios y prometiendo ayuda del Ministerio de Energía y Minas para ayudar al minero artesanal con el fin de orientarlo a consolidarse empresarialmente, de esta forma el minero vería en el proceso de formalización, una gran ayuda, pues el MINEM lo capacitaría tecnológicamente en la parte operativa y administrativa, le facilitaría contactos con proveedores y clientes, así como la adquisición de los insumos de producción, entre otros; pero tal como hemos desarrollado, no se obtuvo los resultados esperados. Posteriormente, tal como hemos detallado anteriormente, tras a ver pasado más de 21 años, se ha prorrogado hasta en 5 ocasiones la Ley N.° 27651, durante estas prórrogas, se identificaron diversas áreas de mejora relacionadas con el procedimiento, requisitos y plazos del proceso de formalización minera. En el 2012, mediante el Decreto Legislativo N.° 1105, se delinear los pasos para la formalización minera, entre los cuales se incluía presentar una declaración de compromisos, un contrato de cesión o similar, acreditación de uso del terreno superficial, autorización de uso de aguas, entre otros. Estos pasos o requisitos cambiaron en el 2016 con el Decreto Legislativo N.° 1293, el mismo que solo se requería la presentación de un número de Registro Único de Contribuyentes (RUC) y una declaración jurada de compromiso para tener el camino expedito y dar inicio al proceso de formalización.

En el área de los incentivos, es notable la exención de responsabilidad penal para el delito de minería ilegal. De esta forma, encentramos la creación del Registro Integral de Formalización Minera (Reinfo) mediante el Decreto Supremo N.° 029-2014-PCM, y la modificación del artículo 307-A del Código Penal mediante el Decreto Legislativo N.° 1351, que establece que la responsabilidad penal por minería ilegal recae únicamente en quienes no están en proceso de formalización.

De esta información se pueden extraer los siguientes datos:

- **Simplificación del procedimiento de formalización:** Como hemos podido advertir, se ha simplificado el procedimiento, los requisitos y los plazos del proceso de formalización en más de una ocasión, sin embargo, muy a pesar que el proceso se volvió más accesible, la realidad nos muestra una baja tasa de formalización (2.22%) y un desmedido porcentaje de mineros suspendidos (81.4%).
- **Incentivos y protección legal:** La creación del Reinfo permitió que los mineros ilegales se registren y pasen a ser considerados como mineros en vías de formalización, eximiéndolos de responsabilidad penal para el delito de minería ilegal mientras completan este proceso. Este incentivo tiene como objetivo motivar a los mineros a formalizarse al ofrecerles una especie de “perdón” temporal. Sin embargo, esta medida ha sido criticada porque

proporciona una cobertura legal que puede ser explotada por mineros ilegales para evadir la normativa ambiental y continuar operando sin cumplir las normas legales, sin la documentación ambiental requerida, uso de maquinaria que no es adecuada a la actividad minera que desarrolla. Este incentivo es perjudicial, pues limita la capacidad de aplicar acciones legales efectivas contra la minería ilegal, toda vez que el Ministerio Público tiene las manos atadas. Se facilita pues, que los mineros continúen operando fuera del marco legal ambiental sin temor a sanciones inmediatas.

Se concluye que, a pesar los ajustes en algunas áreas de mejora, aún existen desafíos por enfrentar, pues tenemos como grandes problemas los incentivos legales que ayudan a evadir la normativa ambiental y la persistente baja tasa de formalización. Por lo tanto, aunque se han realizado esfuerzos significativos para mejorar el proceso de formalización minera, la realidad muestra que es necesario ajustar la normativa para abordar estos problemas y garantizar que la ley logre su objetivo de formalizar a los mineros ilegales y proteger el medio ambiente.

Por lo tanto, aunque se han realizado esfuerzos significativos para mejorar el proceso de formalización minera, la realidad nos enseña que es necesario realizar ajustes a la norma para abordar estos problemas y garantizar que la ley cumpla eficazmente su objetivo de formalizar a los mineros ilegales y proteger el medio ambiente.

2.7.3. ¿Se han corregido los efectos colaterales?

A lo largo de esta investigación, se han revelado los grandes impactos colaterales de la minería no formal en el Perú, así tenemos:

- **Impacto económico:** Según el análisis de Torres Cuzcano (2015), la minería informal generó ingresos exorbitantes, específicamente 15,777 millones de dólares entre 2003 y 2014. Sin embargo, estos ingresos estuvieron acompañados de una evasión tributaria estimada entre 520.6 y 1,741.8 millones de dólares en el mismo período, lo que equivale a un promedio anual de entre 43.4 y 145.1 millones de dólares.
- **Impacto ambiental:** La minería informal ha causado graves daños ambientales. Valdés et al. (2019) documentaron una gran deforestación en Madre de Dios, que fue la piedra angular de una investigación realizada por la Universidad de Wake Forest de Estados Unidos, revelando una deforestación de aproximadamente 95,750 hectáreas entre 1985 y 2017 causada por los mineros. Además, el Proyecto Prevenir de USAID (2020) identificó que 5,888 personas trabajan en la minería formal, 31,390 en la minería informal y 9,323 en la minería ilegal, detectando 3,551 áreas con maquinaria que no cumple con las especificaciones ambientales. León & Gamboa (2020) concluyeron que, a pesar de las 20 normas sobre

formalización minera, las políticas contra la minería ilegal son débiles, afectando el medio ambiente y los derechos humanos. El Ministerio del Ambiente [Perfil de Twitter] (2021) advirtió que la extensión del proceso de formalización minera amenaza el medio ambiente. Finalmente, Araujo (2021, citado por Sociedad Peruana de Derecho Ambiental (SPDA) (2022)) destacó problemas como la demora en acciones preventivas, restaurativas y de mitigación ambiental en el IGAFOM.

- **Precariedad laboral:** La falta de empleos seguros y la limitada intervención estatal en regiones con minería ilegal aumentan la minería informal. Valdés et al. (2019) describen la explotación laboral extrema en La Rinconada, donde los trabajadores buscan oro en entornos desfavorables, bajo un sistema de remuneración llamado “cachorro”, trabajando 25 días sin salario y solo 5 días para su beneficio, podemos encontrar acá a las "pallaqueras", las mismas que son mujeres que buscan oro entre los desechos mineros.
- **Incremento de escenarios delictuosos:** La minería no formal tiene conexidad con números delitos. De esta forma, Valdés et al. (2019) exponen el asesinato del presidente del Frente de Defensa de la Comunidad Campesina San Sebastián, quien se oponía a la forma en cómo se desarrollaba la minería en la región. En áreas remotas con minería informal, se relacionan actividades ilegales como narcotráfico, trabajo forzado, explotación infantil, trata de personas, sicariato, extorsión, homicidio, usurpación de tierras y evasión fiscal. El Instituto Nacional de Estadística e Informática (2020) y el Ministerio de Justicia (2015) señalan que la trata de personas está presente en áreas de minería ilegal, la modalidad de cómo se materializa es a través de la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de individuos, involucrando amenazas, el uso de la fuerza u otras formas de coacción, así como las propuestas de empleo engañosas en la que ofrecen salarios atractivos. La minería no formal también facilita el soborno para conseguir insumos. Valdés et al. (2019) relatan un caso en el que dos oficiales de la Marina fueron condenados por cobrar sobornos a traficantes de combustibles en el río Inambari. Y finalmente, tal como lo hemos desarrollado, la minería informal es un disfraz de la minería ilegal.

Respecto a la corrección de los problemas colaterales asociados a la minería no formal, se observa lo siguiente:

- **Impacto económico:** No se han implementado acciones específicas para corregir la evasión tributaria directa relacionada con la minería no formal. Aunque la formalización de los mineros podría aumentar la recaudación tributaria, la baja tasa de formalización (2.22%) y el alto porcentaje de mineros en estado suspendido (81.4%) indican que el problema persiste.

- **Impacto ambiental:** A pesar de las continuas prórrogas de la Ley N.º 27651, no se han implementado medidas para prevenir o mitigar los irreparables daños ambientales causados por la minería no formal.
- **Precariedad laboral:** No se han tomado medidas concretas para mejorar las condiciones de trabajo en la minería no formal. Aunque la formalización podría mejorar la situación laboral, la baja tasa de formalización indica que la precariedad laboral sigue siendo un problema importante.
- **Incremento de escenarios delictuosos:** La minería no formal está relacionada con diversos delitos, incluyendo narcotráfico, trata de personas, sicariato y otros delitos graves. El único pronunciamiento del Estado respecto a estos delitos ha sido la creación del Reinfo y la falta de responsabilidad penal para mineros en vías de formalización, lo cual puede fomentar la impunidad y no aborda directamente los problemas delictivos asociado a la minería ilegal.

En conclusión, las consecuencias colaterales de la minería no formal en Perú no han sido corregidos de manera efectiva. La evasión tributaria, los daños ambientales, la precariedad laboral y el incremento de delitos relacionados con la minería no formal continúan siendo problemas significativos.

2.7.4. ¿Hay propuestas de cambio?

Frente a los palpables problemas, toda la historia de los mineros informales terminaría a finales del 2024, fecha en la que culmina la vigencia del proceso de formalización minera. No obstante, parece que se nos viene una prórroga más.

El actual presidente del Congreso, Alejandro Soto Reyes, ha desempolvado los proyectos de ley 2172, 2519, 3621 y 5171, convocando una sesión de la Comisión Permanente para el 18 de enero de 2024, con el propósito de someter a votación dichos proyectos acumulados. Estos buscan reabrir el acceso al Reinfo mediante nuevas condiciones y extender su vigencia. La decisión de votar estos proyectos generó críticas en los medios de comunicación, ya que, desde su establecimiento a finales de 2016, persisten intentos no solo de prolongar su duración sino también de reabrirlo para que nuevos mineros tengan el estatus de “en vías de formalización”. Llama la atención la premura en la votación, dado que podría haberse pospuesto hasta marzo, cuando se reinstalara el Pleno. (Congreso de la República del Perú, 2024, p. 11)

Pasemos a revisar las propuestas de cambio que presentan estos proyectos de ley:

- **Proyecto de Ley N.º 2172/2021-CR:** Este proyecto fue presentado por el Congresista de la República José Daniel Williams Zapata, al cual se le acumulan los proyectos 2519, 3621 y

5171. La fórmula legal que presenta propone la creación de una comisión multisectorial en los departamentos de Madre de Dios, Ucayali y Puno, con la finalidad de combatir la minería ilegal y sus delitos conexos. El proyecto pone en evidencia lo que hemos venido desarrollando, y es que la minería no formal causa graves e irreparables daños al medio ambiente, la salud pública, los problemas tributarios, entre otros. Las comisiones multisectoriales pueden formular y proponer al presidente del Consejo de Ministros políticas, planes y estrategias para el Desarrollo social y económico, formalización de la minería y recuperación del medio ambiente. Aunque el proyecto presenta propuestas de mejora, se cabe recalcar que, durante la justificación se expone la postura del Ministerio de Ambiente, el cual advierte que proyectos como las ampliaciones mineras sin establecer condiciones que aseguren los objetivos del proceso de formalización no permiten son sumamente perjudiciales, pues al solo ampliar de manera genérica el plazo, beneficia a aquellos mineros que incumplieron con sus obligaciones básicas. En consecuencia, señala José Williams, que, a fin de atender esta situación crítica, es conveniente crear una Comisión Multisectorial con naturaleza permanente con el objeto de proponer políticas, planes y estrategias de intervención.

- **Proyecto de Ley N.º 2519/2021-CR:** Presentado por el Congresista de la República Jorge Alfonso Martincorena Mendoza, el cual, en sus tres artículos, propone en su fórmula legal, la prórroga al plazo del Reinfo por el plazo excepcional de ciento cincuenta días calendarios, con la finalidad de abrir las inscripciones y posibilitar a las personas naturales o jurídicas que desarrollen una pequeña minería o minería artesanal se incluyan al proceso de formalización. En la exposición de motivos, se destaca la importancia del Reinfo como elemento esencial para que los mineros informales no incurran en el delito de minería ilegal, justifica este análisis en el aporte que hace la pequeña minería y minería artesanal en la economía del país y la disminución de los mineros ilegales.
- **Proyecto de Ley N.º 3624/2022-CR:** Este proyecto fue presentado por el Congresista de la República Jorge Luis Flores Ancachi, en su fórmula legal, en sus tres artículos, amplía el plazo del Reinfo por ciento ochenta días. Además, introduce una serie de requisitos para la formalización, destacando la necesidad de no tener una sentencia condenatoria firme por delitos relacionados con la minería ilegal y no haber sido excluido del Reinfo por incumplir obligaciones ambientales o de seguridad y salud ocupacional. La justificación del proyecto se centra en la preocupación por promover la formalización de la pequeña minería y minería artesanal mediante la extensión del plazo de inscripción en el Reinfo. Asimismo, hay que resaltar que, para este congresista, una de las razones por las cuales no se ha llegado a

alcanzar el objetivo de la formalización minera, es porque no hay suficientes incentivos que impulsar a los mineros a formalizarse.

- **Proyecto de Ley N.º 5171/2022-CR:** Se le atribuye esta iniciativa al Congresista de la República Guido Bellido Ugarte, quien aún menos prolijo que Jorge Martincorena, tiene en su fórmula legal dos artículos, los cuales en buena cuenta prorrogan el plazo de inscripción del Reinfo en ciento ochenta días. En su exposición de motivos, se advierte una emocionante historia minera peruana y remarca la gran relevancia de este sector en la economía nacional, contribuyendo a las importaciones y al producto bruto interno. Asimismo, expresa que mediante el Reinfo se brindan oportunidades de desarrollo económico a las empresas y preserva el medio ambiente en áreas naturales protegidas.

Los proyectos de ley N.º 2519/2021-CR y 5171/2022-CR, cuentan con una fórmula legal que no pasan de tres artículos, los cuales simplemente expresan una ampliación del Reinfo, una medida que parece perpetuar el ciclo de informalidad. Al centrarse únicamente en la ampliación del plazo sin introducir reformas sustanciales o nuevos incentivos efectivos, no aborda las causas profundas que impiden la formalización. Por otro lado, tenemos el proyecto de Ley N.º 3624/2022-CR, amplía el plazo del Reinfo e introduce requisitos adicionales para la formalización, lo cual es un avance en términos de establecer condiciones más estrictas. Sin embargo, el argumento del congresista de que faltan incentivos es cuestionable, dado que se han implementado diversas medidas de apoyo durante más de 21 años. La falta de cumplimiento no se debe a la ausencia de incentivos, sino a la falta de consecuencias firmes para quienes no se formalizan.

A pesar de tener la propuesta del Proyecto de Ley N.º 2172/2021-CR, que propone la creación de una Comisión Multisectorial para controlar los efectos de la minería no formal y no propone la ampliación del Reinfo, en contraposición de los otros proyectos que solo proponen ampliar el Reinfo. Lo cierto es que, ya no se debería seguir ampliando el proceso de formalización minera sin una estrategia clara y eficaz. Si se decide extender el proceso, es fundamental implementar consecuencias rígidas para las violaciones laborales y ambientales, muy recurrentes en la realidad. Como señala el congresista José Daniel Williams Zapata, la falta de políticas específicas ha impedido que se alcancen los objetivos de formalización. El enfoque del AED puede ayudar a diseñar normas proporcionales y efectivas que no solo ofrezcan incentivos, sino que también establezcan sanciones claras y efectivas para quienes no cumplan con las obligaciones legales, asegurando así que el marco jurídico contribuya al desarrollo económico sostenible y al cumplimiento de los objetivos establecidos.

A modo de conclusión, la evolución de la Ley N° 27651 en las últimas dos décadas, con sus sucesivas prórrogas, el Decreto Supremo N° 029-2014-PCM que crea el Reinfo y el Decreto

Legislativo N.º 1351 que introduce la exención penal frente al delito de minería ilegal, no ha logrado frenar la ilegalidad minera en el Perú según lo previsto en su promulgación. La evidencia es abrumadora, apenas el 2,22% de los mineros registrados han superado con éxito la formalización, mientras que un enorme 81,4% está en suspensión; ello muestra claramente que incluso después de numerosas revisiones y ampliaciones, el marco legal existente no logrado su objetivo principal, la de formalizar a los mineros que practican una pequeña minería y una minería artesanal.

La continua renovación de plazos, sin realizar cambios radicales en la estructura, ha llevado a lo que podemos denominar una informalidad ad infinitum. La tendencia del Estado en emitir prórrogas sin observaciones o cambios significativos, demuestra una falta de evaluación rigurosa en la norma, pues como hemos advertido, esta no ha logrado abordar las verdaderas causas de la informalidad. La consideración principal en estas determinaciones ha sido un enfoque económico, pues ha jugado un papel determinante en las prórrogas. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que dichas consideraciones deben ser complementarias y subordinadas a las evaluaciones jurídicas y los juicios políticos. Es fundamental pues, que los mercados sean evaluados sobre la base de criterios jurídicos resultantes de decisiones políticas, y no al revés.

El AED presenta un ángulo interesante en el que las leyes son vistas como medios para un fin, y su éxito está constantemente sujeto a evaluación (evaluación *ex post*), lo que puede ser decisivo para elaborar regulaciones que sean adecuadas y efectivas. Entonces, de la falta de resultados concretos en el proceso de formalización minera, podemos inferir que la Ley N.º 27651 (y sus modificaciones posteriores) no ha dado en el blanco. La baja tasa de formalización, junto con una gran cantidad de mineros suspendidos, muestran una mala gestión; o no hay suficientes razones que obliguen a los mineros a terminar su proceso de formalización, o tal vez las simplificaciones realizadas al proceso les generan enredos.

La justificación detrás de las prórrogas desde un punto de vista económico es racional; de hecho, la minería –aunque sea informal– desempeña un papel importante en la economía peruana. Sin embargo, este enfoque de acción ha generado grandes consecuencias perjudiciales, en particular daños ambientales irreparables. Además, fomenta una inestabilidad laboral extrema y aumenta la actividad criminal conexas a la minería no formal. Por muy atractiva que pueda ser una evaluación económica por sí sola, no debería constituir el único factor decisivo para favorecer una norma o prolongar las concesiones de tales prórrogas. Por lo tanto, es fundamental que estas determinaciones no dependan simplemente de dicha evaluación, sino que también se deriven de un escrutinio legal integral, prestando atención a las implicaciones sociales, ambientales y de gobernabilidad.

La falta de visión estratégica es evidente en las recientes propuestas legislativas como los proyectos de ley N.° 2519/2021-CR, 3624/2022-CR y 5171/2022-CR que apuntan a volver a extender la vigencia del Reinfo sin un cambio en su estructura; por otro lado el proyecto de ley N.° 2172/2021-CR, reconoce la crítica situación que genera la minería no formal y el Reinfo, por tal motivo propuso crear una Comisión Multisectorial con el objeto de proponer políticas, planes y estrategias de intervención para recuperar el medio ambiente, la formalización minero entre otras, pero no apuesta por otra prórroga más para el Reinfo.

En suma, la política de otorgar prórrogas sin implementar reformas estructurales efectivas no ha dado resultados. Frente a estas circunstancias, es imprescindible adoptar un enfoque integral que combine incentivos con sanciones efectivas para quienes no cumplan con las obligaciones legales y que considere los impactos económicos, sociales y ambientales de manera equilibrada. Solo así se podrá alcanzar una formalización minera efectiva y sostenible, contribuyendo al desarrollo económico del país y la protección del medio ambiente.

Conclusiones

A pesar de múltiples intentos legislativos relacionados con simplificar el procedimiento de formalización de la pequeña minería y minería artesanal, así como sus plazos y requisitos, solo el 2.22% de los mineros informales han logrado completar el proceso de formalización. Esta baja tasa de éxito demuestra la ineficacia del sistema vigente.

Los incentivos actuales, tales como el Registro Integral de Formalización Minera y la exoneración de responsabilidad penal, han sido insuficientes e incluso contraproducentes. Han permitido que los mineros eviten cumplir con las normativas ambientales, aun cuando el 81.4% de los mineros en vías de formalización, nunca tuvieron el interés de concluir su formalización.

La exención de responsabilidad penal para el delito de minería ilegal ha llevado a que muchos mineros ilegales se inscriban en el Reinfo sin la intención de completar el proceso de formalización, aprovechando esta exención. Esto ha generado un aumento de otros delitos conexos, como la trata de personas con fines de explotación sexual, narcotráfico, trabajo forzado, explotación infantil, trata de personas, sicariato, extorsión, homicidio, usurpación de tierras y evasión fiscal.

Las continuas prórrogas del proceso de formalización, sin cambios significativos en el enfoque normativo, han perpetuado la informalidad minera e incentivado que mineros ilegales se disfracen de informales para gozar la exención del delito de minería ilegal.

Se advierte una seria falta de interés en el poder legislativo en explorar alternativas que no se limite en la mera prolongación del proceso de formalización para combatir el problema de la

minería ilegal e informal, por lo que es crucial adoptar un enfoque integral, que tome no solo tome en cuenta el desarrollo económico del país, sino los impactos sociales y ambientales, así como establecer incentivos acompañados de sanciones efectivas para quienes no cumplan con las obligaciones legales.

Referencias

- Bohórquez Pacheco, S., & Gómez Caicedo, M. (2020). Economía Informal: la otra cara de la pandemia COVID-19. *Full Investiga - Fundación Universitaria Los Libertadores*. <https://repository.libertadores.edu.co/handle/11371/3369>
- Bovino, A. (1996). El principio de oportunidad en el Código Procesal Penal peruano. *Ius et Veritas - Pontificia Universidad Católica Del Perú*, 12, 159–169. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15545>
- Caballero Álvarez, R. (2019). Apuntes metodológicos para evaluar la efectividad de una ley. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 1(154), 411-423. <https://doi.org/10.22201/iiij.24484873e.2019.154.14148>
- Centro de Estudios Espinoza Yglesias. (2010). Proyecto de Evaluación de Leyes: Criterios de Evaluación. *Centro de Estudios Espinoza Yglesias*. [https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con3_uibd.nsf/38754EE251F7DC99052578CD007415E1/\\$FILE/proyecto_evaluacion_leyes.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con3_uibd.nsf/38754EE251F7DC99052578CD007415E1/$FILE/proyecto_evaluacion_leyes.pdf)
- Congreso de la República del Perú. (2024). *Agenda de la Comisión Permanente*. Área de Relatoría y Agenda. <https://www.congreso.gob.pe/Storage/modsnw/pdf/15485-m2Xj1Wt0Xo5Ho5M.pdf>
- Defensoría del Pueblo. (2013). *Informe N.º 160 - Gestión del Estado frente a la Minería Informal e Ilegal en el Perú. Supervisión a la implementación de los Decretos Legislativos promulgados al amparo de la Ley N.º 29815*. <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/05/informe-defensorial-160.pdf>
- García, E. (2024). Minem: No habrá más prórroga a registro de mineros en formalización en el REINFO. *Gestión*. https://gestion.pe/economia/minem-no-habra-mas-prorroga-a-registro-de-mineros-en-formalizacion-en-el-reinfo-noticia/?ref=gesr#google_vignette
- Instituto Nacional de Estadística e Informática. (2020). *Base de datos sobre trata de personas de la Policía Nacional del Perú (2014-2020)*. https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1802/libro.pdf

- Instituto Nacional de Estadística e Informática. (2022). *Producción y empleo informal en el Perú*. https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1878/libro.pdf
- León, L., & Gamboa, C. (2020). *Análisis y recomendaciones en materia de minería ilegal e informal realizados por el Informe Final de la Comisión de Desarrollo Minero Sostenible*. Dar Opina. <https://dar.org.pe/analisis-y-recomendaciones-en-materia-de-mineria-ilegal-e-informal-realizados-por-el-informe-final-de-la-comision-de-desarrollo-minero-sostenible/>
- Mercado Pacheco, P. (2013). Calidad de la ley, evaluación de impacto normativo y argumentos económicos. *Anales de La Cátedra Francisco Suárez*, 47, 85–108. <https://doi.org/10.30827/acfs.v47i0.2159>
- Ministerio de Energía y Minas. (2023). *Anuario Minero 2022*. MINEM. <https://www.gob.pe/institucion/minem/informes-publicaciones/4326371-anuario-minero-2022>
- Ministerio de Justicia. (2015). *Política nacional frente a la trata de personas y sus formas de explotación*. <https://www.minjus.gob.pe/pntp/>
- Ministerio del Ambiente (Minam). (2016). *La lucha por la legalidad en la actividad minera 2011-2016: Avances concretos y retos*. <https://sinia.minam.gob.pe/documentos/lucha-legalidad-actividad-minera-2011-2016-avances-concretos-retos>
- Ministerio del Ambiente [Perfil de Twitter]. (2021). *Comunicado - La ampliación del plazo de la formalización minera es un riesgo ambiental y un retroceso en la lucha contra la minería ilegal*. Twitter. <https://twitter.com/MinamPeru/status/1472047792562401282/photo/1>
- Observatorio de minería ilegal y actividades vinculadas en Áreas Claves de Biodiversidad. (2021). *Pronunciamiento de la sociedad civil frente a la nueva ampliación de formalización minera que facilita la minería ilegal*. <https://www.actualidadambiental.pe/wp-content/uploads/2021/12/Pronunciamiento-ampliacion-REINFO-1.pdf>
- Observatorio Nacional de Política Criminal. (2021). *La minería ilegal en la amazonia peruana*. <https://www.gob.pe/institucion/minjus/informes-publicaciones/1988565-la-mineria-ilegal-en-la-amazonia-peruana>
- Prado Saldarriaga, V. R. (2021). *Una Lectura Contemporánea de los Principios de Legalidad y Mínima Intervención*. 279–295. <https://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/182699/Prado%20Saldarriaga.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Proyecto Prevenir de USAID. (2020). *Radiografía de la Minería Artesanal y de Pequeña Escala en Madre de Dios*. Proyecto Prevenir de USAID. <https://www.acca.org.pe/estudio-estima-que-cerca-de-50000-personas-trabajan-en-la-mineria-informal-e-ilegal-en-madre-de-dios/>

- Rivera Daza, P. (2022). *Ampliación de la Ley de formalización minera. ¿Oportunidad para dejar de lado la informalidad o solo es un camuflaje que genera impunidad?* Lp Pasión Por El Derecho. <https://lpderecho.pe/ampliacion-ley-formalizacion-minera-oportunidad-dejar-lado-informalidad-solo-camuflaje-genera-impunidad/>
- Sociedad Peruana de Derecho Ambiental (SPDA). (2014). *Diferencias entre minero ilegal y minero informal*. Sociedad Peruana de Derecho Ambiental. <https://spda.org.pe/wpfb-file/diferencias-entre-mineros-jpg/>
- Sociedad Peruana de Derecho Ambiental (SPDA). (2022). *Promulgan ley que amplía formalización minera, pese a negativa de Minam y sociedad civil*. Sociedad Peruana de Derecho Ambiental. <https://www.actualidadambiental.pe/promulgan-ley-que-amplia-formalizacion-minera-pese-a-negativa-de-minam-y-sociedad-civil/>
- Torres, A. (2015). *Introducción al derecho. Teoría general del Derecho* (5ta. ed.). Instituto Pacífico.
- Torres Cuzcano, V. (2015). *Minería ilegal e informal en el Perú: impacto socioeconómico* (Primera edición). Cooperación. [https://www.researchgate.net/publication/302935353 Minería ilegal e informal en el Perú impacto socioeconómico](https://www.researchgate.net/publication/302935353_Mineria_ilegal_e_informal_en_el_Peru_impacto_socioeconomico)
- Valdés, R., Basombrío, C., & Vera, D. (2019). *La minería no formal en el Perú, realidades, tendencias y ¿soluciones?* Capital Humano y Social S.A. y Fundación Konrad Adenauer (KAS).

Financiación

El presente artículo no cuenta con financiación específica de agencias de financiamiento en los sectores público o privado para su desarrollo y/o publicación.

Conflicto de interés

El autor del artículo declara no tener ningún conflicto de intereses en su realización.

© El autor. Este artículo en acceso abierto es publicado por Chornancap Revista Jurídica del Ilustre Colegio de Abogados de Lambayeque bajo los términos de la Licencia Internacional Creative Commons Attribution 4.0 (CC BY 4.0), que permite copiar y distribuir en cualquier material o formato, asimismo mezclar o transformar para cualquier fin, siempre y cuando sea reconocida la autoría de la creación original, debiéndose mencionar de manera visible y expresa al autor o autores y a la revista.

Las consecuencias civiles de la muerte del imputado en el proceso penal peruano

The civil consequences of the death of the accused in the Peruvian criminal process

Ana Elisabet Segura Muñoz*,¹

Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo (Lambayeque, Perú)

anitaseguram1992@gmail.com

<https://orcid.org/0009-0002-6908-3847>

Recibido: 04/03/2024

Aprobado: 10/06/2024

Publicación online: 05/07/2024

*Autor correspondiente

¹Egresada en la Maestría de Derecho Penal y Procesal Penal.



Cómo citar este trabajo

Segura Muñoz, A. E. (2024). Las consecuencias civiles de la muerte del imputado en el proceso penal peruano. *Chornancap Revista Jurídica*, 2(1), 167-178. <https://doi.org/10.61542/rjch.64>

RESUMEN

El presente artículo de investigación tiene por objeto analizar las consecuencias de naturaleza civil, particularmente procesal, ante el fallecimiento del imputado dentro del marco de un proceso penal en las diferentes etapas de este último, para lo cual se ha acudido a la revisión documental de la normativa procesal penal y civil, así como la revisión documental de la jurisprudencia nacional e internacional relacionadas al tema objeto de investigación. Concluyéndose que la muerte del ser humano “*imputado*” en el proceso penal peruano no sólo conlleva consecuencias no patrimoniales, sino también procesales de naturaleza penal, que plantea consecuencias de naturaleza civil y patrimonial. La responsabilidad civil incluye la transmisión de las obligaciones a los herederos y la garantía de cumplimiento de la reparación civil impuesta.

Palabras clave: Muerte del imputado, Consecuencias civiles, Proceso penal, Reparación, Herencia.

ABSTRACT

The purpose of this research article is to analyze the consequences of a civil nature, particularly procedural, upon the death of the accused within the framework of a criminal proceeding in the different stages of the latter, for which purpose a documentary review of the criminal and civil procedural regulations has been carried out, as well as a documentary review of the national and international jurisprudence related to the subject under investigation. It was concluded that the death of the “accused” human being in the Peruvian criminal process not only entails non-patrimonial consequences, but also procedural consequences of a criminal nature, which raises consequences of a civil and patrimonial nature. The civil liability includes the

transmission of the obligations to the heirs and the guarantee of compliance with the civil reparation imposed.

Keywords: *Death of the defendant, Civil consequences, Criminal proceeding, Reparations, Inheritance, Inheritance.*

Introducción

La intersección entre el derecho penal y el derecho civil en el ordenamiento jurídico peruano plantea diversas cuestiones de relevancia jurídica. Uno de estos temas es el análisis de las consecuencias civiles derivadas de la muerte del imputado en el proceso penal. La muerte de una persona sometida a proceso penal no sólo tiene implicaciones en el ámbito de la justicia penal, sino que también puede generar efectos en la esfera civil, especialmente en lo que respecta a la responsabilidad civil por los daños causados y la transmisión de derechos y obligaciones a los herederos del fallecido.

La muerte del imputado no solo interrumpe el curso ordinario del proceso penal, sino que también plantea desafíos significativos en términos de responsabilidad civil y cumplimiento de obligaciones derivadas de la reparación civil impuesta. Desde una perspectiva procesal, el fallecimiento del imputado puede resultar en la extinción de la acción penal, lo cual afecta directamente la posibilidad de un juicio justo y equitativo para todas las partes involucradas.

En el ámbito civil, la transmisión de las obligaciones hacia los herederos legales del imputado asegura que las consecuencias patrimoniales del proceso penal perduren más allá de la muerte del acusado. Este principio, fundamental en el derecho civil peruano, garantiza que las víctimas o demandantes puedan obtener la reparación económica por los daños sufridos, aún cuando el responsable penal ya no esté vivo para enfrentar personalmente las consecuencias de sus actos.

En este contexto, es fundamental examinar cómo el ordenamiento jurídico peruano aborda estas consecuencias civiles de naturaleza procesal y cómo se articulan con las disposiciones penales pertinentes. Este texto se propone explorar detalladamente las consecuencias civiles de la muerte del imputado en el proceso penal peruano, identificando las posibilidades concretas que brinda el Código Procesal Penal.

En resumen, este artículo se propone explorar las múltiples facetas de las consecuencias civiles y procesales derivadas del fallecimiento del imputado en el proceso penal peruano. A través de un enfoque documental y analítico, se buscará proporcionar una visión integral que contribuya

a un mejor entendimiento de los desafíos y las soluciones en este ámbito jurídico particularmente complejo.

1. Consecuencias procesales de la muerte del imputado en el proceso penal

La muerte, como un suceso natural en la vida del hombre, tiene consecuencias jurídicas que el ordenamiento jurídico le atribuye, y el Derecho Penal no es ajeno a ello, pues como se tiene del artículo 78 del Código Penal la muerte del imputado extingue la acción penal, misma que se fundamenta, según la Corte Suprema (2021), en que la acción penal resulta ser carácter personalísimo, denominado el principio de personalidad de la pena, conforme se indicó en el Recurso de Nulidad N.º 1001-2020/Callao, perdiendo a tal efecto el derecho penal su función y sentido (Recurso de Nulidad N.º 62-2018/Nacional); consecuencia que, como nos indica el profesor García Caveró (2019) tiene un carácter procesal antes que sustantivo, en tanto, al hacer referencia a que es la acción penal la que extingue y no el delito, ello implica que, por ejemplo, si bien no puede perseguirse penalmente a una persona fallecida por la comisión de un delito, existe la posibilidad de plantearse un proceso de extinción de dominio de los bienes que hubieren sido utilizados como instrumentos (literal a) del artículo 7 del Decreto legislativo N.º 1373-Decreto Legislativo sobre extinción de dominio) en la comisión de dicho delito.

Siendo así, nuestro Código Procesal Penal ha establecido consecuencias jurídicas en atención a la muerte de un imputado para las diferentes etapas procesales que se regulan en el referido código adjetivo; tenemos así que, durante la 1) investigación preliminar el representante del Ministerio Público emitirá una disposición declarando la no procedencia de la formalización de la investigación preparatoria (numeral 1 del artículo 334 del Código Procesal Penal), durante la investigación preparatoria al ser una etapa de transición la única opción con la que cuenta el Ministerio público es la de emitir la disposición de conclusión de la investigación preparatoria (numeral 1 del artículo 343 del Código Procesal Penal) ingresando a la 2) etapa intermedia donde tendrá que formular un requerimiento de sobreseimiento invocando el numeral 2 literal c) del artículo 344 del Código Procesal Penal, emitiendo a tal efecto el juez de la investigación preparatoria el auto de sobreseimiento correspondiente, y finalmente durante 3) el transcurso del juicio oral y la etapa impugnatoria hasta antes de la emisión de una sentencia firme el juzgador de mérito (según sea el caso el juez unipersonal, el colegiado o la sala de apelación) deberá emitir el correspondiente auto de sobreseimiento declarando extinguida la acción penal, criterio asumido por la Corte Suprema (2021) en la Casación N.º 1587-2018/Junín.

Finalmente podemos mencionar que, durante la etapa de ejecución la muerte del sentenciado tiene consecuencias jurídicas previstas en el artículo 85 del Código Penal donde se

hace referencia que la muerte es una causal de extinción de la pena, misma que podrá ser declarada por el juez de investigación preparatoria mediante el auto correspondiente.

2. La reparación civil como derecho de las víctimas

En nuestro ordenamiento procesal penal, con fundamento en un mismo hecho, que se tiene ante la comisión de un “delito”, cuya realización se atribuye a una persona determinada, pueden ejercerse la acción penal o también llamada pretensión punitiva, es decir, la pretensión de imponer una pena establecida por ley penal, y la acción civil o la pretensión de reparar el daño que el supuesto delito haya causado. Por lo tanto, hay una plurincidencia normativa sobre un solo hecho (Henrique Badaró, 2021).

Siendo así, la acción civil “*ex delicto*” es la manifestación del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva del perjudicado por el daño causado por la comisión de un delito. Así, cada vez que se comete un delito, surge una pretensión punitiva de acción penal y una pretensión civil, para reparar el daño causado, ya sea a sí mismo o a terceros, cuya relación es autónoma (Recurso de Casación N.º 928-2019/Lima, 2021).

Para el profesor brasileño Tourinho Filho (2023) la acción civil “*ex delicto*” tiene por fundamento el perjuicio (daño) sufrido por el individuo a través de un ilícito penal y no civil, de esta forma, es la acción que el perjudicado puede interponer, buscando la compensación del perjuicio generada por el delito. Es decir, la justificación para iniciar la acción civil “*ex delicto*” es la consecuencia traída por el acto ilícito descrito como delito en el Código Penal, que crea la responsabilidad por el hecho, originada por los conceptos de responsabilidad extracontractual del Derecho Civil. A nivel nacional, el profesor y juez Supremo San Martín Castro (2020) ha precisado que, la responsabilidad civil “*ex delicto*” se trata más bien de una responsabilidad “*ex damno*” en tanto la acción civil sólo busca la reparación del daño causado.

Este enfoque parte del deber de resarcir el daño que ha sido ocasionado como resultado del delito (Del Río Labarthe, 2021). Por lo tanto, la acción civil busca restaurar la situación anterior al delito y garantizar que la víctima sea compensada de manera adecuada por los perjuicios sufridos. En esencia, se trata de responsabilizar al autor del delito por los daños que haya causado como resultado de su conducta ilícita.

Ahora bien, en el artículo 92 del Código Penal, establece taxativamente que la reparación civil impuesta por la comisión de un delito es un derecho de la víctima (perjudicado por el delito) e incluso determina que el juez de mérito debe garantizar su cumplimiento, en la misma línea la Corte Suprema (2021) en el Recurso de Nulidad N.º 1235-2019/Ayacucho ha indicado que el cumplimiento del pago de la reparación civil forma parte del derecho a la tutela jurisdiccional

efectiva y su vez determina que es un derecho de las víctimas el obtener una reparación “integral” del daño ocasionado por un delito (Acuerdo Plenario N.º 04-2019/CIJ-116, 2019).

Siendo que la responsabilidad civil “*ex damno*” discutida en el proceso penal se vincula principalmente al llamado “principio de adhesión” en síntesis, los fundamentos del principio de adhesión radican en la economía y celeridad procesal y en la uniformización de las sentencias, así como en el hecho de que la apreciación de la cuestión civil en el proceso penal se basa en la singularidad del hecho que da lugar a los dos niveles de responsabilidad jurídica (Juízes da Secção Criminal do Tribunal da Relação de Guimarães, 2021).

3. Consecuencias procesales en relación al extremo civil de la muerte del imputado en el proceso penal

Estando a que, la muerte del imputado genera consecuencias procesales de naturaleza penal cabe preguntarse si existen dentro del proceso penal consecuencias de naturaleza civil (al estar combinadas ambas acciones en nuestro proceso penal), ello en tanto conforme se tiene del literal 3 del artículo 12 del Código Procesal Penal, la emisión de un auto de sobreseimiento no impide al órgano jurisdiccional realizar un pronunciamiento por la acción civil que se deriva del hecho punible y que conforme se advierte del artículo 96 del Código Penal la responsabilidad civil que se transmite a los herederos del responsable de la comisión del hecho dañoso.

Para tal efecto corresponde analizar cuáles serían tales consecuencias en relación a la etapa procesal en que se encuentre el proceso penal:

3.1. Durante la investigación preliminar

Conforme ya se indicó ante el fallecimiento del imputado (más propiamente durante esta etapa el investigado) durante la investigación preliminar el representante del Ministerio Público emitirá una disposición declarando la no procedencia de la formalización de la investigación preparatoria (numeral 1 del artículo 334 del Código Procesal Penal), donde no se podrá pronunciar respecto al extremo civil, pues tal corresponde al órgano jurisdiccional al tenor del literal 3 del artículo 12 del Código Procesal Penal.

En este contexto el agraviado o perjudicado deberá acudir a la vía civil a efectos buscar la reparación del perjuicio ocasionado por el delito, y tal situación se justifica en tanto la etapa procesal de investigación preliminar no es jurisdiccional; y es en la vía civil donde se discutirán y verificarán la existencia (o no) de los elementos de la responsabilidad civil extracontractual como son: 1) el daño (patrimonial o extra patrimonial); 2) la relación de causalidad; 3) el factor de atribución; y, 4) la antijuridicidad.

Debiéndose tomar en cuenta que, ante la muerte del imputado, quien resulta ser el que genero el hecho dañoso, la legitimación pasiva de la acción resarcitoria corresponderá a los herederos ya sea que hayan sido declarados como tal mediante una sucesión intestada o sucesión testamentaria (herederos determinados) o que si bien no haya sido declarados como tal pero les corresponda de hecho (conforme la regulación sustantiva respecto de los derechos sucesorios) los derechos hereditarios (herederos indeterminados); respecto de lo cual cabe hacer una aclaración, si bien los herederos quienes tiene la legitimidad pasiva de la acción resarcitoria, es la masa hereditaria la que es objeto de tal acción no así a los herederos, tal diferencia resulta importante por cuanto bajo el imperio de lo normado en el artículo 661 del , dicha obligación será pagada hasta donde alcancen los bienes que conforman la masa hereditaria sin afectar el patrimonio de los herederos.

3.2. Durante la investigación preparatoria y etapa intermedia

Cuando nos encontramos ante el fallecimiento del imputado durante el transcurso de la investigación preparatoria o la etapa intermedia se emitirá el auto de sobreseimiento correspondiente, en el que conforme se establece en el literal 3 del artículo 12 del Código Procesal Penal, el juez de la investigación preparatoria tiene la posibilidad de imponer responsabilidad civil respecto de fallecido, misma que será transmitida a sus herederos conforme se tiene del artículo 660 y 1218 del Código Civil (1984), en tanto como nos recuerda Lohmann Luca de Tena (1994) con el fallecimiento del titular, los causahabientes se colocan en la posición jurídica del causante respecto de la masa hereditaria, por lo que la responsabilidad quedará limitada a precisamente dicha masa hereditaria, a lo que llamamos responsabilidad “*intra vires*”, en la línea de lo antes precisado.

Siendo así, es pertinente establecer como se tutelará el derecho a la defensa de los herederos del imputado fallecido (en tanto y en cuanto la responsabilidad civil será transmitida a ellos). Para responder a esta pregunta, debemos acudir supletoriamente al Código civil y al Código Procesal Civil (1993) conforme lo determina el artículo 101 del Código penal, específicamente a la figura de la sucesión procesal, regulada en el artículo 108 del código adjetivo, misma que implica una modificación de la relación procesal por la trasmisión del derecho discutido Hurtado Reyes (2014), en el caso que nos ocupa por transmisión mortis causa.

Es así que, el referido artículo en su inciso 1 determina taxativamente que, el fallecido que forme parte de un proceso (en el caso concreto en un proceso penal pero específicamente como sujeto pasivo de la acción civil) será reemplazado por sus herederos; aplicando tal figura en el proceso penal, el juez de investigación preparatoria ex ante la emisión del auto de sobreseimiento, en cuaderno aparte, declarara la sucesión procesal respecto del objeto civil incluyendo en el

proceso penal a los herederos del imputado fallecido como sujetos pasivos de la acción civil; tal solución fue la asumida en el Expediente 00016-2017-199-5001-JR-PE-01 (Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada, 2022).

En este contexto, durante la audiencia preliminar, audiencia de control de sobreseimiento (o dado el caso la audiencia de control de requerimiento mixto), los herederos declarados sucesores procesales tendrán la facultad de cuestionar la pretensión civil y según sea el caso ofrecer las pruebas que consideren pertinentes para que se actúen durante el juicio ante el juez penal unipersonal, al tratarse de un juicio censurado, en atención a lo establecido en el Acuerdo Plenario N.º 04-2019/CIJ-116 (Corte Suprema, 2019); en similar situación a lo expresado en Brasil en las llamadas “*Leis de Clemência*” (Leyes de Clemencia) en las que se prevé la posibilidad de que el perjudicado, una vez extinguida la acción penal, solicite la continuación de la causa sólo para examinar la pretensión civil, utilizando las pruebas indicadas.

Cabe expresar que lo antes precisado se indicara aplicará en tanto y en cuanto exista un único imputado; siendo que, cuando existan otros imputados se continuará un juicio oral normal, estando a que el pronunciamiento al finalizar respecto de la responsabilidad civil se hará de forma solidaria en conjunto con los imputados.

3.3. Durante el juicio oral

Cuando nos encontramos ante el fallecimiento del imputado durante el transcurso del juicio oral, ex ante la emisión de la sentencia, el juez unipersonal o el colegiado emitirá el auto de sobreseimiento declarando extinguida la acción penal (Recurso de Casación N.º1587-2018/Junín, 2021); situación en la que, el juez de mérito podrá declarar la sucesión procesal respecto del objeto civil incluyendo en el proceso penal a los herederos del imputado fallecido como sujetos pasivos de la acción civil, y para tal efecto generando la cesura del juicio restringiendo el debate y la actuación probatoria solo al extremo civil (Recurso de Casación N.º951-2018/Nacional, 2019); contexto en el que los sucesores procesales podrán actuar la prueba ofrecida y admitida en el auto de enjuiciamiento por el fenecido imputado, siempre que esta última se encuentre referida al objeto civil (en la línea de lo previamente desarrollado).

Situación particular puede ocurrir ante una conclusión anticipada (una sentencia conformada) en la que ex post la aceptación del imputado respecto de la comisión del delito atribuido por el representante del Ministerio Público, pero no de la cuantía de la reparación civil, el sentenciado conformado falleciera, momento en el cual el juez de juzgamiento deberá declarar la extinción de la pena y declarar la sucesión procesal respecto del objeto civil incluyendo en el proceso penal a los herederos del imputado fallecido a efectos de que cuestionen la cuantía a pagar

como reparación civil, quedando limitados solo a cuestionar el monto de la misma dado que al aceptarse la responsabilidad del hecho imputado se habrían acreditado todos los elementos de la misma, particularmente la relación de causalidad, el factor de atribución y la antijuridicidad y daño, siendo que este el último es que se podrá cuestionar en relación a su magnitud (daño moral, daño emergente y lucro cesante) por parte de los herederos en un juicio censurado.

3.4. Durante la etapa impugnatoria

Cuando nos encontramos ante el fallecimiento del imputado durante el transcurso de la etapa impugnatoria, esto es ex post la emisión de la sentencia, la sala de vista emitirá el auto de sobreseimiento declarando extinguida la acción penal Recurso de Casación N.º1587-2018/Junín, 2021); siendo que durante esta etapa la Sala de mérito podrá declarar la sucesión procesal respecto del objeto civil incluyendo en el proceso penal a los herederos del imputado fallecido como sujetos pasivos de la acción civil, y para tal efecto: 1) en tanto la impugnación la hubiera formulado el imputado, al sustituir al imputado impugnante su legitimidad y actividad procesal estarán delimitadas a los cuestionamientos al extremo civil que este último hubiere formulado al momento de impugnar la sentencia; y, 2) en tanto la impugnación la hubiera formulado el Ministerio Público o el actor civil, y dicha impugnación cuestione aspectos de naturaleza civil, los herederos al sustituir al imputado restringirán su legitimidad y actividad procesal a los confrontar los cuestionamientos al extremo civil de la sentencia.

Una cuestión particular puede nacer en tanto exista una apelación de una sentencia de vista que declaró culpable a un imputado que fuera declarado inocente en primera instancia; dado que, en esta circunstancia sería la Sala Penal de la Corte Suprema competente la misma que podrá emitir declarar la sucesión procesal respecto del objeto civil incluyendo en el proceso penal a los herederos del imputado fallecido como sujetos pasivos de la acción civil, y así al sustituir al imputado impugnante su legitimidad y actividad procesal estarán delimitadas a los cuestionamientos al extremo civil que este último hubiere formulado al momento de impugnar la sentencia de vista.

3.5. Durante la etapa de ejecución

Ahora bien, luego del fallecimiento del sentenciado (en donde se haya declarado la responsabilidad civil independientemente de la responsabilidad penal) luego de haberse emitido una sentencia o auto final con la calidad de cosa juzgada en la que se haya impuesto una reparación civil, el juez de investigación preparatoria emitirá el auto correspondiente declarando la extinción de la pena y podrá declarar la sucesión procesal respecto del objeto civil, pero en este contexto se declarara en atención a lo normado en el artículo 96 del Código Penal incluyendo a los herederos

[174] ChornanCap Revista Jurídica. Vol. 2 Núm. 1 (2024): 40º años del Código Civil peruano Ilustre Colegio de Abogados de Lambayeque, Perú

del sentenciado fallecido como sujetos pasivos de la ejecución de la reparación civil conforme lo normado en el artículo 493 del Código Procesal Penal.

4. Comentarios finales

Los aspectos procesales antes establecidos, tiene como fundamento concreto el derecho de las víctimas a obtener una compensación en relación a los daños generados por el delito (o más precisamente como consecuencia de este) en tanto brinda a las víctimas un mecanismo en la que, incluso frente al fallecimiento del imputado (autor del hecho dañoso), buscar la tutela jurisdiccional efectiva contra los herederos de este último, situación que no puede tomarse con un acto que afecte el derecho de los herederos en tanto estos solo responderán con los bienes y obligaciones (entiéndase obligaciones activas) de la masa hereditaria sin afectar concretamente su propio patrimonio, siendo que al sustituir al fallecido (causante) en todas sus relaciones jurídicas la sucesión procesal en el proceso penal no resulta extraña ni dañosa a sus intereses.

Cabe resaltar que, las situaciones procesales analizadas encuentran su sustento en un análisis holístico de las normas contenidas en el Código Civil y Procesal Civil en adición a lo normado en el Código Penal y Procesal Penal del ordenamiento jurídico peruano; cuestiones procesales que, si bien no se encuentran reguladas taxativamente en los cuerpos normativos antes mencionados, su interpretación debe buscar tutelar el resarcimiento de los daños generados por el delito en atención al derecho a la reparación de víctimas, mismo que si bien tiene un carácter sustantivo se encuentra expresamente determinado por el Código Procesal Penal.

Destacando que, similar posición ha tomado en Brasil el Tribunal de Apelaciones de Guimarães (Juízes da Secção Criminal do Tribunal da Relação de Guimarães, 2021), en cuanto se indica que, una vez fallecido el responsable del delito, es evidente que las garantías de defensa de los causahabientes en el proceso penal, especialmente en el juicio, son exactamente las mismas que tendrían si la demanda se hubiera interpuesto separadamente contra ellos en la jurisdicción civil, no existiendo justificación alguna para que se le someta a una nueva “*vía sacra*” en el orden jurisdiccional civil con la incoación de una nueva acción, con la producción de nuevas pruebas, repetición de actos, comenzando así todo desde cero, en clara confrontación con el principio de economía procesal y demás principios inspiradores del principio de adhesión.

Siendo que, en otros ordenamientos, al no contar con los mismos apartados normativos, estas soluciones no resultan aplicables, ejemplo de ello podemos señalar el pronunciamiento efectuado por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo Español (2017) en la Sentencia 341/2017, donde se expresó que la responsabilidad civil “*ex delicto*” no podrá ser extendida a los herederos del encausado sentenciado si previamente tal responsabilidad civil no ha sido declarada como tal.

Similar posición ha expuesto la Corte di Cassazione Penale (2017) en cuanto indico que el fallecimiento del acusado, acaecido antes de que la sentencia adquiera firmeza, conlleva la extinción tanto de la relación procesal penal como de la relación procesal civil incluida en aquélla.

Conclusiones

La muerte del ser humano “*imputado*” en el proceso penal peruano no sólo conlleva consecuencias no patrimoniales, sino también procesales de naturaleza penal, que plantea consecuencias de naturaleza civil y patrimonial. Esta dualidad entre el ámbito penal y civil exige un análisis de cómo se entrelazan estas esferas en el proceso penal, particularmente en lo que respecta a la responsabilidad patrimonial por los daños ocasionados y la transmisión de esta carga en obligaciones a los herederos del causante vinculado a un proceso penal.

El resarcimiento civil (*restitución del bien o el pago de su valor y la indemnización*) emerge como un derecho de las víctimas de un acto ilícito en el ordenamiento jurídico peruano, permitiendo la búsqueda de reparación por los daños sufridos como resultado de la conducta prohibida del imputado. Esta acción civil se sustenta en la idea de resarcir el daño causado y restaurar la situación previa al delito, reflejando así la importancia de garantizar que las víctimas reciban una compensación adecuada por los perjuicios sufridos.

El deceso del imputado en las etapas del proceso penal plantea cuestiones procesales específicas en cuanto a las consecuencias civiles. Desde la investigación preliminar hasta la etapa de ejecución, el ordenamiento jurídico establece mecanismos para abordar la responsabilidad civil en caso de fallecimiento del imputado, incluyendo la transmisión de las obligaciones a los herederos y la garantía de cumplimiento de la reparación civil impuesta. Estas medidas buscan asegurar que la justicia sea integral y que las víctimas obtengan la compensación necesaria por los daños sufridos.

Referencias

Corte di Cassazione Penale. (2017). Sentenza N.° 47894-17. Italia, 18 de octubre.

Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada. (2022). Auto de Sucesión Procesal- Exp. N.°016-2017. Lima, 21 de septiembre. <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2023/03/Exp.-00016-2017-199-LPDerecho.pdf>

Corte Suprema de Justicia de la República (2019). Acuerdo Plenario N.°04-2019/CIJ-116, XI Pleno jurisdiccional de las Salas Penales Permanente, Transitoria y Especial. Lima, 10 de septiembre.

Del Río Labarthe, G. (2021). *La etapa intermedia*. Ideas.

- García Cavero, P. (2019). *Derecho penal- Parte general* (3era edición). Editorial Hammurabi.
- Henrique Badaró, G. (2021). *Procesa Penal*. Thomson Reuters Brasil.
- Hurtado Reyes, M. (2014). *Estudios de derecho procesal civil*. Volumen II. IDEMSA.
- Juízes da Secção Criminal do Tribunal da Relação de Guimarães. (2021). Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães 309/18.7T9PTL.G2. Guimarães, 11 de octubre.
- Lohmann Luca de Tena, J. G. (1994). Responsabilidad patrimonial del heredero. *Themis Revista de Derecho*, 29, 37–50. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/11459>
- Sala de lo Civil del Tribunal Supremo Español. (2017). Sentencia N.º341-2017, Recurso de Casación N.º611-2016. España, 31 de mayo.
- Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República. (2018). Recurso de Casación N.º951-2018. Lima, 9 de agosto. <https://www.gacetajuridica.com.pe/boletin-nvnet/arweb/Cas-951-2018-Nacional.pdf>
- Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República. (2019a). Recurso de Casación N.º928-2019. Lima, 15 de julio. <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2022/01/Casacion-928-2019-Lima-Norte-LPDerecho.pdf>
- Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República. (2019b). Recurso de Nulidad N.º62-2018. Lima, 20 de febrero. <https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2020/01/R.N.-N%C2%B0-62-2018-LP.pdf>
- Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República. (2021a). Recurso de Casación N.º1587-2018. Junín, 20 de mayo. <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/a0cf480043cbf86d8e1d8f6745cba5c4/CAS+1587-2018.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=a0cf480043cbf86d8e1d8f6745cba5c4>
- Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República. (2021b). Recurso de Nulidad N.º1001-2020. Callao, 9 de agosto. <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2022/04/Recurso-nulidad-1001-2020-Callao-LPDerecho.pdf>
- Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República. (2021). Recurso de Nulidad N.º1235-2019. Ayacucho, 8 de julio. <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2021/12/Recurso-de-Nulidad-1235-2019-Ayacucho-LPDerecho.pdf>
- San Martín Castro, C. (2020). *Derecho Procesal Penal Lecciones*. Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales.
- Tourinho Filho, F. da C. (2023). *Manual de proceso penal* (20ava edición). Saraiva.

Financiación

El presente artículo no cuenta con financiación específica de agencias de financiamiento en los sectores público o privado para su desarrollo y/o publicación.

Conflicto de interés

La autora del artículo declara no tener ningún conflicto de intereses en su realización.

© La autora. Este artículo en acceso abierto es publicado por Chornancap Revista Jurídica del Ilustre Colegio de Abogados de Lambayeque bajo los términos de la Licencia Internacional Creative Commons Attribution 4.0 (CC BY 4.0), que permite copiar y distribuir en cualquier material o formato, asimismo mezclar o transformar para cualquier fin, siempre y cuando sea reconocida la autoría de la creación original, debiéndose mencionar de manera visible y expresa al autor o autores y a la revista.



ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE LAMBAYEQUE

Consejo Directivo 2023-2024



CHORNANCAP
REVISTA JURÍDICA
ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE LAMBAYEQUE

Auspiciado por:



UNIVERSIDAD NACIONAL
PEDRO RUIZ GALLO

