



CHORNANCAP
REVISTA JURÍDICA
ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE LAMBAYEQUE



Perspectivas Contemporáneas del Derecho Penal y Procesal Penal: Retos y Desafíos

VOL.2, NÚM.2
JULIO - DICIEMBRE
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. 2

Julio - diciembre, 2024

Equipo Editorial

Director

MSc. 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

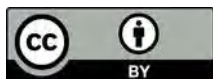
Diseño y diagramación

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:

DOAJ
DIRECTORY OF
OPEN ACCESS
JOURNALS

Dialnet

latindex

biblat
Bibliografía Latinoamericana

CLASE
Clase Latinoamericana en
Ciencias Sociales y Humanidades

v|lex

LatinREV
Revista Latinoamericana de Derecho y Ciencias Sociales

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.*

jrcriofrio@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.*

vpaivaelkyalexa@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

Dossier

La ilicitud en el proceso de extinción de dominio 17
José Luis Díaz Velaysosa

El delito de violación sexual mediante engaño y su adecuada ubicación en la norma penal como propuesta para la correcta protección de la libertad sexual 33
Vivian Ilanicg Castañeda Olivera

La necesidad de cumplimiento de la reparación integral en casos de violencia intrafamiliar desde el Código Orgánico Integral Penal en Ecuador 47
Ivonne Magdalena Enríquez Palate

El informe pericial y su control de fiabilidad en la etapa intermedia: Un modelo de admisibilidad científica 67
Hector Humberto Mejía Mendo

La naturaleza tangible de los medios corruptores en los delitos de corrupción de funcionarios 91
José Jhordy Ventura Zurita, Nicole Alessandra Núñez Custodio



Temática libre

El técnico y el político: Acerca de la voceada desactivación de la Autoridad

127

Nacional del Servicio Civil en un entorno VUCA

Luis Alberto Huamán Ordóñez

La investigación jurídica: ¿es viable?

115

Manuel Bermúdez-Tapia



PRESENTACIÓN

El Derecho Penal y Procesal Penal enfrentan hoy desafíos significativos en un mundo caracterizado por cambios sociales acelerados, avances tecnológicos disruptivos y demandas crecientes de justicia y equidad. Como disciplinas fundamentales en la protección de derechos y en la organización del sistema de justicia, estas ramas del derecho están llamadas a responder con soluciones innovadoras y efectivas a problemas cada vez más complejos.

En este contexto, nuestra revista tiene el honor de presentarles el **Vol. 2 Núm.2** dedicado al análisis de las "**Perspectivas contemporáneas del Derecho Penal y Procesal Penal: Retos y Desafíos**". Este dossier reúne artículos de destacados investigadores y juristas que abordan temas clave con un enfoque crítico, interdisciplinario y profundamente comprometido con la búsqueda de soluciones que contribuyan al fortalecimiento del Estado de derecho.

La diversidad temática y geográfica de los trabajos incluidos refleja la naturaleza global de los problemas actuales, al tiempo que resalta las particularidades de los sistemas jurídicos en distintas regiones. Cada artículo constituye una invitación a reflexionar sobre el rol del derecho penal y procesal penal en la construcción de sociedades más justas, seguras y respetuosas de los derechos fundamentales.

Desde cuestiones de tipificación penal y reparación integral hasta debates sobre corrupción, violencia intrafamiliar y la fiabilidad científica en el proceso penal, los textos aquí presentados ofrecen un panorama amplio y profundo de los retos actuales, al tiempo que plantean propuestas innovadoras y aplicables en la práctica jurídica.

A través de esta edición, reafirmamos nuestro compromiso con la difusión de investigaciones que impacten positivamente no solo en el ámbito académico, sino también en las políticas públicas y en el ejercicio profesional de los operadores de justicia. Estamos convencidos de que estas reflexiones y propuestas serán de gran utilidad para todos aquellos interesados en comprender y transformar el Derecho Penal y Procesal Penal en beneficio de la sociedad.

Es importante destacar que cada uno de los artículos incluidos en esta edición ha pasado por un riguroso proceso de revisión por pares externos, llevado a cabo por expertos en las áreas específicas abordadas. Este procedimiento asegura no solo la calidad académica de los trabajos, sino también su relevancia y pertinencia en el debate jurídico contemporáneo. La revisión por pares constituye un pilar esencial en nuestro compromiso con la excelencia editorial, garantizando que cada contribución publicada cumpla con los más altos estándares de investigación y análisis jurídico. Siendo los siguientes:



- **La ilicitud en el proceso de extinción de dominio**, de José Luis Díaz Velaysosa, explora un tema clave en la lucha contra la criminalidad organizada, aportando una visión integral sobre la relación entre la ilicitud y la justicia en estos procesos.
- **El delito de violación sexual mediante engaño y su adecuada ubicación en la norma penal como propuesta para la correcta protección de la libertad sexual**, de Vivian Ilanicg Castañeda Olivera, plantea una revisión crítica de la legislación penal, proponiendo ajustes que permitan proteger de manera más efectiva la libertad sexual.
- **La necesidad de cumplimiento de la reparación integral en casos de violencia intrafamiliar desde el Código Orgánico Integral Penal en Ecuador**, de Ivonne Magdalena Enríquez Palate, pone de manifiesto la importancia de garantizar una reparación efectiva y completa para las víctimas, destacando su relevancia en la construcción de sociedades más justas.
- **El informe pericial y su control de fiabilidad en la etapa intermedia: Un modelo de admisibilidad científica**, de Héctor Humberto Mejía Mendo, aborda un aspecto fundamental del proceso penal: la confiabilidad de la prueba pericial, ofreciendo un modelo que refuerza la objetividad y la justicia.
- **La naturaleza tangible de los medios corruptores en los delitos de corrupción de funcionarios**, de José Jhordy Ventura Zurita y Nicole Alessandra Núñez Custodio, analiza cómo los medios corruptores afectan la función pública, proponiendo soluciones para combatir esta problemática desde una perspectiva penal.
- **El técnico y el político: Acerca de la voceada desactivación de la Autoridad Nacional del Servicio Civil en un entorno VUCA**, de Luis Alberto Huamán Ordóñez, reflexiona sobre los retos de la gestión pública en contextos volátiles, ofreciendo claves para un equilibrio entre lo técnico y lo político.
- **La investigación jurídica: ¿es viable?**, de Manuel Bermúdez-Tapia, invita a una introspección sobre el estado de la investigación jurídica, explorando su viabilidad y relevancia en el marco académico y profesional.

Además de los valiosos aportes que conforman este dossier, esta edición busca ser un espacio para el diálogo académico y profesional que impulse el desarrollo integral del Derecho Penal y Procesal Penal. Los temas aquí tratados no solo permiten reflexionar sobre los desafíos actuales, sino que también abren la puerta a nuevas líneas de investigación y propuestas legislativas que contribuyan a una justicia más inclusiva, eficiente y respetuosa de los derechos fundamentales. Este enfoque integral refuerza nuestro compromiso con la



difusión de ideas que trasciendan el ámbito académico y generen un impacto positivo en la sociedad.

Chornancap Revista Jurídica agradece profundamente a los autores y evaluadores externos, cuyo esfuerzo y dedicación han sido esenciales para el desarrollo de esta publicación. Su aporte no solo garantiza la calidad de los contenidos, sino que también fortalece el diálogo académico y la generación de conocimiento jurídico relevante y de alto impacto. Esta edición es el resultado de un trabajo conjunto, que busca dejar una huella positiva en el ámbito jurídico y social.

Finalmente, los invitamos a continuar colaborando con nuestra revista, ya sea como lectores, autores o revisores. El éxito de esta publicación depende de una comunidad académica activa y comprometida con la excelencia. Esperamos que esta edición sea de su agrado y utilidad, y que inspire nuevas investigaciones y debates en torno a los retos y desafíos del Derecho Penal y Procesal Penal. Estamos convencidos de que juntos podemos contribuir a una justicia más equitativa y a un derecho más humano.

Chiclayo, diciembre de 2024.

José Rolando Cardenas Gonzales
Director



La ilicitud en el proceso de extinción de dominio

The illicitness in the process of extinguishment of ownership

José Luis Díaz Velaysosa*,¹

Universidad Tecnológica del Perú (Chiclayo, Perú)

U17105826@utp.edu.pe

<https://orcid.org/0009-0006-5522-2999>

Recibido: 28/07/2024

Aceptado: 26/09/2024

Publicación online: 18/12/2024

*Autor corresponsal

¹Abogado



Cómo citar este trabajo

Díaz Velaysosa, J. L. (2024). La ilicitud en el proceso de extinción de dominio. *Chornancap Revista Jurídica*, 2(2), 17–32.
<https://doi.org/10.61542/rjch.85>

RESUMEN

El artículo busca examinar el alcance interpretativo de la ilicitud como presupuesto *sine qua non* para la procedencia de la de extinción del dominio en el Perú, ello en base a la actual regulación y aplicación que se viene dando en esta materia. La ilicitud no se circunscribe a una ilicitud penal, sino a cualquier tipo de ilicitud: penal, civil, administrativo, tributario, etcétera, lo que conlleva una ilicitud extremadamente amplia. El objetivo es determinar la viabilidad de esta práctica y proponer algunas soluciones, considerando el marco constitucional y el irrestricto respecto de los derechos fundamentales, particularmente en la interpretación de la norma para la restricción de derechos. Se lleva a cabo un estudio centrado en la regulación procesal de la extinción de dominio y doctrina vinculada a la ilicitud. Se establece que el alcance interpretativo dado a la ilicitud es lata, no tomando en consideración la interpretación restrictiva de los derechos fundamentales, sino ampliando deliberadamente para extinguir el dominio de los requeridos, se resalta la interpretación constitucional como mecanismo control frente a la vulneración de derechos y garantizar una adecuada aplicación de la norma en el proceso.

Palabras clave: Ilicitud, Extinción de dominio, Derecho Penal, Interpretación constitucional, Taxatividad.

ABSTRACT

The article seeks to examine the interpretative scope of the unlawfulness as a *sine qua non* for the proceeding of the forfeiture of ownership in Peru, based on the current regulation and application that has been taking place in this matter. The unlawfulness is not limited to a criminal unlawfulness, but to any type of unlawfulness: criminal, civil, administrative, tax, etc., which entails an extremely broad unlawfulness. The

objective is to determine the viability of this practice and to propose some solutions, considering the constitutional framework and the unrestricted respect for fundamental rights, particularly in the interpretation of the norm for the restriction of rights. A study is carried out focused on the procedural regulation of the extinguishment of ownership and doctrine related to unlawfulness. It is established that the interpretative scope given to unlawfulness is broad, not taking into consideration the restrictive interpretation of fundamental rights, but deliberately broadening it to extinguish the domain of those required, highlighting the constitutional interpretation as a control mechanism against the violation of rights and guaranteeing an adequate application of the norm in the process.

Keywords: *Unlawfulness, Extinction of ownership, Criminal Law, Constitutional interpretation, Taxativity.*

Introducción

Para trasladar bienes de los requeridos a favor del Estado, la actividad ilícita es una condición de particular trascendencia en el proceso de extinción de dominio, su presencia marca el inicio y la consecuencia aplicable. La ilicitud no se encuentra circunscrita necesariamente a un acto delictivo, sino a cualquier vulneración del ordenamiento jurídico, este, a su vez, cumple un rol nuclear dentro del proceso. El tipo de ilícito susceptible de extinción de dominio no ha sido determinado específicamente, sino de manera genérica se reconoce a todo bien con relación a actividades ilícitas, como condición suficiente para extinguirse a favor del Estado, claro que de paso haya podido o pueda generar ganancias a los requeridos.

La ilicitud en el proceso de extinción de dominio es crucial para todos los operadores del derecho en la lucha contra las organizaciones criminales y su acumulación de patrimonio, pero no debe dejarse de lado el rol que cumple para los requeridos, partiendo de que, tras concluir el proceso, se podrá establecerla o no. Su importancia se fundamenta en los efectos reales de conocer la actividad o conducta ilícita a la que se encuentran vinculados los bienes y que propicia la extinción del dominio a favor del Estado. Por tanto, entender y conocer el contenido de lo ilícito en este proceso contribuye, no solo a una adecuada aplicación de la Ley, sino también al respeto de los derechos fundamentales de los requeridos al proceso de extinción de dominio.

En ese sentido, al examinar la ilicitud como presupuesto de extinción, nos permite reconocerlo como un elemento fundamental en la determinación y viabilidad de la extinción de dominio, porque de esta manera se podrá atribuir y tutelar adecuadamente los intereses y derechos de los requeridos, quienes, a su vez podrán adecuar su conducta a prescripciones específicas y evitar la relación de sus bienes a tales circunstancias.

La importancia que se evidencia de la ilicitud en el proceso de extinción de dominio peruano es ciertamente innegable, dado la configuración como elemento sustancial, ser el génesis del

proceso y la incidencia en los bienes de los requeridos, lo que otorga contenido al proceso y un papel fundamental en el sistema jurídico peruano.

Por lo señalado, esta investigación, se enfoca en el examen de la interpretación y aplicación de la ilicitud en el proceso de extinción de dominio en el Perú, desde los fundamentos de este proceso, su planteamiento normativo como presupuesto de procedencia y la interpretación constitucional.

1. Orígenes y fundamentos de la extinción de dominio

Existe cierta discrepancia para establecer el origen de la figura de extinción de dominio, como instituto legal nacería del *civil asset forfeiture* del sistema jurídico estadounidense. Más remotamente, sus raíces se vincularían al denominado *deodand*, lo que implicaba entregar a Dios las cosas relacionadas con el pecado, esto es que el objeto haya propiciado la muerte de un súbdito del rey. Otros sostienen que proviene de confiscaciones comerciales inglesas (Cassanello, 2022). Además, se parte de que su desarrollo inicial estuvo únicamente en la *Common Law* para posteriormente ingresar al *Civil Law*. Para Prieto (2021), lo perseguido es el patrimonio y no la persona, por tanto, resulta totalmente irrelevante la culpabilidad del dueño y tal consecuencia se puede dar sin la necesidad que se haya realizado alguna acusación delictiva a su titular.

De ahí se tendría los primeros indicios y tratamiento dado a los bienes vinculados a hechos contrarios a las normas, en tanto ya se establecía la consecuencia aplicable a estos dentro del derecho continental. Ahora, si bien es cierto, la condición indispensable era esa contrariedad a las normas, la finalidad no era únicamente sacar del circuito económico, sino encontrar alguna forma de redención frente a Dios de la persona vinculada con el ilícito, este último naturalmente estaba dentro de un marco de ilícito delictivo. La cosa denominada *deodand* justamente hace referencia a su vinculación y relación con la muerte de una persona.

En el caso del Derecho Romano, como refieren Chinchilla y Ruiz citados por Aguilar (2022), se tenía la figura denominada *publicatio bonorum*, consistente en el traslado de los bienes del condenado a pena capital o exilio, pero dada su severidad y desproporcional aplicación que afectaba incluso a sus familiares se empezó a limitar su uso. Era un instrumento que generaba riqueza al Estado, pero olvidaba la finalidad real, que podría ser repeler actos delictivos dentro de la sociedad y la búsqueda del bien común.

Para Tobar (2014), en los países de historia civilista el derecho de propiedad constituye una configuración del sistema económico del Estado, concretamente en el caso colombiano, con ese reconocimiento solo se podía expropiar por razones de interés público y a cambio de un justiprecio. Añadiendo que dicha concepción sufrió una significativa transformación cuando se inserta la idea

de función social de la propiedad, materializándose en la regulación de la extinción del dominio de tierras incultas.

En Colombia, hablar de extinción de dominio nos lleva a revisar el tratamiento del derecho de propiedad y con ello a su Constitución de 1886, en donde establecía que la adquisición haya sido con justo título, sin fijar el efecto de su incumplimiento. En el año 1936 aparece la extinción de dominio, pero por supuesto falta de explotación económica y recién en 1991 se reconoce la extinción de dominio en el sentido que actualmente se conoce (Castro & Castro, 2019). De este modo, la figura de extinción de dominio como se le conoce actualmente es resultado de un largo proceso de transformación, mal haríamos remitirnos únicamente a 1991, cuando sus antecedentes son los que sentaron sus bases, tal es el caso de la extinción de las tierras incultas.

Así, en dicho país se tiene a los antecedentes cercanos y, tal cual lo conocemos hoy a la extinción de dominio. Aunque, la causal de tierra inculta, no necesariamente se ajustaba a un supuesto expreso de ilicitud, sí se prescribía la necesidad de que cumpla una funcional social y, evidentemente la propiedad debe cumplir una función económica dentro del Estado. La ilicitud como requisito significa una evolución de la concepción primigenia de esta figura extintiva. Pero recoger esa condición no hace más que expresar lo que insípidamente ya se conocía -la ilicitud-, porque el hecho de que alguien no le dé una función social, incumpliría una obligación implícita como propietario y, por ese motivo, se extinguía el dominio de las tierras incultas.

Asimismo, el hecho de que en su Constitución de 1886 haya exigido que la adquisición de los bienes haya sido justo título, explicitaba la necesidad de tener un origen lícito de los bienes para ser tutelado. Por ello, si bien es cierto, la configuración actual de la extinción de dominio data de 1991, también es cierto que existen antecedentes remotos (Vargas, 2023). Dentro de dichos antecedentes encontramos a la extinción de las tierras incultas y su constitución de 1886.

Además, los antecedentes normativos contemporáneos nos remiten a La Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, La Convención de Viena, La Convención de Palermo contra la Delincuencia Organizada Transnacional, Convenciones Interamericanas contra el terrorismo y de las Naciones Unidas contra la corrupción (Herrera, González, & Borquez, 2022). Estas se enfocan a la regulación del tratamiento de las ganancias y el patrimonio de las organizaciones criminales, aunque contemplan el decomiso y no específicamente la extinción de dominio.

La extinción de dominio es la pérdida de los derechos de propiedad sobre los bienes vinculados a actividades ilícitas (Herrera, González, & Borquez, 2022), este también podría entenderse como "(...) la terminación de la supremacía o poder de propiedad que se ejerce sobre una cosa." (Rivero, 2020, p. 622) En el caso peruano, se puede definir como un mecanismo legal

por el que se traslada la propiedad en algunos casos y el dominio en bienes no inscritos a favor del Estado, de todos los que se encuentren relacionados con actividades ilícitas (Díaz & Díaz, 2023).

El contexto en el que surgió la extinción del dominio es diverso (Santander, 2018). De estos podemos extraer algunos fundamentos que dan razón de ser: Primero, el cumplimiento de una función social de la propiedad, esto es la dinámica de la concepción del derecho propiedad, pasando de un entendimiento individualista a uno más social, se exige que el derecho a la propiedad que sea ejercido conforme al bien común; segundo, la lucha contra la criminalidad, el surgimiento de organizaciones criminales bien organizadas y con capacidad de generar un importante patrimonio ha hecho necesaria la creación de nuestros instrumentos jurídicos capaces de responder a las nuevas dinámicas criminales; tercero, la necesidad de reafirmar los valores ético-sociales y fomentar la cultura de la legalidad, con este fundamento se procura no premiar la obtención ilícita de ganancias y el incremento del patrimonio, marcando un claro mensaje de que únicamente será tutelada y amparada por el derecho, cuando sea obtenida y ejercida conforme a derecho y; cuarto, el fortalecimiento del sistema jurídico, la extinción de dominio ingresa al ordenamiento buscando dar mayor solidez, consistencia y eficacia para los operadores de justicia y lucha contra la criminalidad organizada.

Por tanto, los fundamentos que anteceden han sido bases originarias de la extinción de dominio y que aún se mantienen incólumes en el tiempo. En el caso peruano se ha recogido en gran medida dichos fundamentos para su inserción y aplicación dentro del ordenamiento jurídico. Dichos cimientos extincioncitas recogen preceptos universales que no podrían discutirse como elementos y fines propios dentro de un Estado, sin embargo, tampoco hay que perder de vista que el fin en sí mismo no justifica las características particulares de los medios que se puedan adoptar, tal como sucedió en el derecho romano, porque desnaturalizaría la finalidad y nos retrotraeríamos al contexto donde el Estado persigue únicamente acrecentar su riqueza.

2. Alcances de la ilicitud en el proceso de extinción de dominio

La convivencia en sociedad requiere que sus miembros exterioricen una conducta de reciprocidad respecto a los otros, lo que puede advertirse por el despliegue de la conducta individual. Este último, entendido como aquel proceso interno -mental- y externo acción perceptible por los demás y el propio agente (Freixa, 2003). El desarrollo de una conducta en oposición al ordenamiento jurídico tendrá una consecuencia prescrita y se considerará antijurídica o ilícita, deberá reconducirse según derecho.

Atienza y Ruiz (2006) afirman que el ilícito es una conducta activa u omisiva que deónticamente puede ser considerada obligatoria en sentido lato y esa contravención debe

necesariamente ser a normas mandato. Además, es también “(...) una conducta repudiada por el ordenamiento jurídico, ya sea porque se trate de una conducta prohibida o una distinta a la esperada” (Garza Bandala, 2016, p. 148). Así, la ilicitud de una conducta no está condicionada a una rama especial del derecho, sino que es factible cometer ilicitud incluso a normas morales y socialmente reprochables, pero no positivizadas.

Con relación a ello, para calificar una conducta como ilícita encuentra un abanico indeterminado de posibilidades, pero si a esa ilicitud se establecerán consecuencias más allá del reproche moral, necesitan una descripción específica, porque el agente podrá ajustar su conducta a la licitud dentro de la sociedad. Prescindir de tal condición para aplicar una consecuencia jurídica, sea personal o *in rem*, desdice la estructura propia de un estado de derecho y vulneraría la seguridad jurídica necesaria.

Para analizar la ilicitud se puede recurrir a la tipicidad penal, donde se distingue el tipo de garantía y el tipo sistémico. El primero haciendo referencia a precisión en la descripción de los ilícitos y el segundo, trae a colación solo ciertos aspectos de la ilicitud (Atienza & Ruiz, 2006). De estos, para fijar una consecuencia, es idóneo examinar bajo la lupa del tipo de garantía, porque el segundo, no se puede conocer qué está prohibido para el ciudadano.

Y, es que a decir de Ferrajoli (1995), “(...) solo las leyes (y no también la moral u otras fuentes externas) dicen lo que es delito y que las leyes solo dicen que es delito (y no también qué es pecado)” (p. 374). Si lo traemos al campo de la extinción de dominio, solo la ley establece lo que es ilícito con consecuencia en el derecho real y no así la moral u otras normas expresamente no reconocidas. Además, la condición para esa consecuencia, la ilicitud debe estar unívocamente prescrito, lo que permite el contradictorio en toda la fase del proceso. Es así como justamente permite que se cumpla con uno de los fundamentos de la extinción de dominio, esto es la necesidad de reafirmar los valores ético-sociales y fomentar la cultura de la legalidad.

2.1. El injusto de extinción de dominio

Luján (2024) elabora la estructura del injusto de extinción de dominio y desglosa dos elementos: *i)* la dimensión objetiva, el mismo que se encuentra comprendido por la acción, el elemento normativo y la contra jurídica y; *ii)* la dimensión funcional, este a su vez, comprende la diligencia, la buena fe y bien común. En la primera dimensión, dice que, en el caso de la extinción de dominio, estamos en un supuesto eminentemente objetivo y, por tanto, no se realiza ningún análisis subjetivo. Sobre la segunda dimensión, sostiene que esta determina la extinción de dominio y denomina la triada real, no teniendo carácter personal.

De ambas dimensiones expuestas, la primera está en un ámbito casi indiscutible de carácter objetivo, por el que puede haber mayor o menor cuestionamiento, pero, finalmente, así se reconoce. Lo cierto es que lo perseguido es la *res*, pero algunos sostienen que se parte de una necesaria vinculación con alguna ilicitud y, esa ilicitud extensionista, solo puede ser cometida por una persona y recién esa conducta ser susceptible calificación. Del mismo modo que cuando hablamos de la triada real pasa una evaluación relacional del bien con el ilícito, pero indefectiblemente se debe considerar el comportamiento y la conducta desplegada por el requerido frente a la vinculación de su bien con el ilícito propio o ajeno. En tal sentido, sostener que es una cuestión puramente objetiva es un extremo, porque sujeto y objeto tienen una relación de dependencia necesaria y el aspecto subjetivo tiene trascendencia jurídica.

Al respecto, Rivero (2020) sostiene que:

(...) el hecho ilícito, se circunscribe a la mera descripción típica. Esa descripción típica se erige en el elemento del [ilícito] denominado “tipicidad”, que abarca a su vez, en atención de la fórmula gramatical que el legislador disponga, en su caso, otros elementos componentes; a saber: elementos objetivos, subjetivos o normativos. (p. 662)

Si partimos de que todas esas condiciones prescritas recaen y se establecen sobre el bien, podemos establecer que no es necesaria la calificación subjetiva. No obstante, la trascendencia o determinación del aspecto subjetivo está en la configuración del ilícito como una dimensión funcional del requerido, por aquí habrá que considerar el despliegue conductual. En tanto, la conducta de la persona requerida o el tercero y el bien son elementos imprescindibles en la calificación de la extinción de dominio. La ausencia de uno de los presupuestos haría que no se pueda extinguir. Es decir, cómo podemos decir que un bien ha tenido relación con una actividad ilícita y debe ser extinguido, si no se ha establecido o presumido la ilicitud de la conducta de una persona, sea titular del bien o un tercero.

Tal circunstancia nos ubica en el escenario del cuerpo del delito perteneciente a la teoría causalista (Rivero, 2020), porque centra en el análisis de los elementos externos. No obstante, a pesar de lo señalado, es una discusión que merece ser profundizada y estudiada adecuadamente, cuestión que no es objeto de la presente, por ello se limita a señalar algunas nociones y aspectos que tendrían que ser considerados la configuración del ilícito extincionista.

2.2. Tipificación de la ilicitud de extinción de dominio

El artículo I del Título Preliminar del Decreto Legislativo N.° 1373, prescribe expresamente lo siguiente:

El presente decreto legislativo se aplica sobre todo bien patrimonial que constituya objeto, instrumento, efectos o ganancias que tienen relación o que se derivan de las siguientes actividades ilícitas: contra la administración pública, contra el medioambiente, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, secuestro, extorsión, trata de personas, lavado de activos, contrabando, defraudación aduanera, defraudación tributaria, minería ilegal y otras con capacidad de generar dinero, bienes, efectos o ganancias de origen ilícito o actividades vinculadas a la criminalidad organizada. (Poder Ejecutivo del Perú, 2018)

El apartado normativo establece expresamente presupuestos que en realidad constituyen ilícitos penales, pero en la parte *in fine*, agrega y otras, entiéndase por actividades ilícitas con capacidad de ganancias, con ello dejando abierta la posibilidad de interpretar el alcance de los presupuestos de extinción. Esta situación legal, ha generado que se vaya al artículo 3.1 del Título Preliminar Decreto Legislativo N.º 1373, en este se define que la actividad ilícita es toda acción u omisión contraria al ordenamiento jurídico, pero dentro del ámbito de aplicación. Es decir, este último artículo nos regresa al primero, no salvando el vacío o la falta de prescripción expresa.

El desarrollo típico de la actividad ilícita, a los que Luján (2024) denomina presupuestos de las circunstancias, ha sido describiendo algunos ilícitos penales, por tanto, debe entenderse que ese era el escenario en el que el legislador quiso regular, tal fue recogido en Colombia (Rivera, 2017). Por lo menos, entender que expresamente a esa rama del derecho aplicar la consecuencia de extinción de dominio. Sin embargo, al haber dejado el término y “otras [actividades ilícitas]”, resulta aplicable a cualquier contravención al ordenamiento jurídico, tal como viene sucediendo. De ello, existe una ilicitud genérica para la extinción de dominio, cuando se debería establecer una específica. Aunque la aplicación de un mero ilícito resulta irrazonable (Herrera & Mendoza, 2021), porque lo realmente perseguido es una ilicitud de tipo penal o delictivo (García, 2024).

2.3. Ilicitud genérica y específica de extinción de dominio

Con lo expuesto en el apartado anterior, en este punto corresponde establecer algunas diferencias dentro de la propia ilicitud, esto como consecuencia de la regulación de la extinción de dominio, dado que no se ha fijado todos los presupuestos de las circunstancias para tal efecto. La imprecisión de tales presupuestos nos lleva a una indeterminación de estos al momento de aplicar la extinción del dominio (Acuña, 2023). Por tal motivo, se hace necesaria ensayar algunas breves ideas que nos permitan distinguir y exponer su necesidad de especificidad.

Cuando se hace referencia a la ilicitud, este tiene una concepción amplia, porque es una contravención al ordenamiento jurídico mediante un hecho (Franzoni, 1997). Por tanto, epistemológicamente ya tiene un sentido lato, pero dado la nueva realidad y del cómo se ha venido

[24] Ilustre Colegio de Abogados de Lambayeque, Perú

estableciendo las regulaciones extintionistas y el presupuesto ilícito en los ordenamientos jurídicos, se puede formular una clasificación dentro de este. Es más, en ese ámbito exige una redefinición de la ilicitud conforme a la realidad social.

Si tomamos en cuenta la regulación colombiana, apartado 1.2. de la Ley 1708, Código de Extinción de Dominio, se ha reconocido que la actividad ilícita es aquella prescrita como delictiva y cualquier otra que el legislador lo considere necesario por deterioro a la moral social (Congreso de Colombia, 2014) y en el caso peruano en el artículo I del Título Preliminar del Decreto Legislativo N.º 1373 ha prescrito algunos supuestos, pero dejando abierto cualquier otra circunstancia para su procedencia (Poder Ejecutivo del Perú, 2018). En la primera norma existe norma de extinción de dominio en blanco, que nos remite a su Código Penal y otra ley que pueda darse, pero siempre positivizada; en la segunda, no existe ningún cuerpo normativo que establezca, ni siquiera por remisión, todos los supuestos para la extinción de dominio, sino que algunos sí se prescriben y los otros no.

De esta manera, la ilicitud sufre una mutación conceptual y permite generar una clasificación dentro de esta. En primer orden, se tiene a la ilicitud genérica que puede ser entendido como toda contravención al ordenamiento jurídico, dentro de los cuales encontramos a principios, valores y costumbres socialmente aceptados y, por otro lado, la ilicitud específica, entendida como la contravención a presupuestos normativos expresos dentro del ordenamiento jurídico. De estas ideas, el caso de extinción de dominio, que es una severa consecuencia jurídico patrimonial, debe ubicarse en dentro de una ilicitud específica.

Como se ha dicho, en la extinción de dominio peruana, el legislador ha descrito algunos presupuestos, como es de verse en el artículo I del Título Preliminar del Decreto Legislativo N.º 1373, siendo *numerus apertus* la subsunción a otros presupuestos. Por tal razón, cuando se busca aplicar la consecuencia extintionista, no se recurre únicamente a lo expresamente ahí descritos, sino a cualquier otro presupuesto no contemplado, pero que cumpla con las demás condiciones.

Para servir de ejemplo, podemos revisar el expediente N.º00028-2020-19-1601-SP-ED-01 del Juzgado Transitorio Especializado en Extinción de Dominio de Lambayeque, considerando cuarto, en la que justamente el juzgador precisa que cuando se habla de extinción de dominio, estamos frente a una actividad contraria al bien común y fuera de los límites de la Ley, lo que no necesariamente nos remite a una ilicitud penal, sino cualquier contravención al ordenamiento jurídico, conforme se ha dicho *supra*.

Son diversas las razones que sustentan la necesidad de especificidad, entre los cuales podemos tener a la necesidad de previsibilidad del requerido para sus bienes, publicidad de las normas prohibitivas, el derecho conocer las consecuencias aplicables y en general una legalidad y

el principio de la *lex certa*. La ilicitud no descrita específicamente en una norma puede propiciar interpretaciones amplias para restringir derechos de los requeridos, más aún, en el del derecho de propiedad. Esto puede ser subsanado con una descripción clara y precisa de los presupuestos, no dejando al criterio interpretativo del alcance y contenido de la ilicitud extincionista.

3. La ilicitud genérica y el principio de taxatividad en la extinción de dominio

Por el principio de taxatividad el Estado establece pautas ideales que deberán seguir los ciudadanos, siendo que este no describe eventos o hechos, sino que fija y prescribe normas de conducta para sus ciudadanos (Manrique, 2022). En definitiva, hablar de este principio conlleva a revisar el rol del Estado, en razón del cual establece directrices de comportamiento para todos los ciudadanos. Sin embargo, tales reglas de conducta sufren las exigencias necesarias de ser claras, precisas y expresas, pues solo a través de ello podrán ser conocidos por todos.

Es importante destacar lo indispensable que resulta conocer detalladamente los presupuestos, el contenido, alcance y límites de cada una de las circunstancias de la extinción a través de la identificación de sus elementos distintivos (Santander, 2017). En tal sentido, si no puede conocer con exactitud los presupuestos que conllevan una extinción de dominio, estamos frente a una falta de taxatividad. La exigencia de una previa y clara descripción posibilita que se puede controlar la intervención del Estado, porque de lo contrario se encuentra sometida a discrecionalidad, que muchas veces pueden ser arbitrarias.

El principio de legalidad en su vertiente taxatividad, forma parte del sistema jurídico nacional e internacional, el mismo que constituye la principal limitación al poder de intervención del Estado. De esto, se deduce obligación y necesidad de que se deba describir de manera completa, clara e inequívoca las prohibiciones realizadas (Cristóbal, 2020). Aunque la afirmación se hace en un contexto penal, no deja de tener trascendencia para otras ramas del derecho. Pues, la intervención estatal debe controlarse y someterse a límites constitucionales y legales en el derecho penal, y, ampliada a cualquier intervención en los derechos fundamentales de los ciudadanos, en caso de extinción de dominio, a los derechos de los requeridos que reconoce la Constitución.

Sobre la imprecisión de la ilicitud se sostiene que:

Debe revisarse el carácter optimizador del principio de legalidad y debido proceso para que se observe la estructura del proceso de extinción de dominio, en tanto que la certeza sobre la ilicitud respecto al origen del bien requiere de un reconocimiento firme. (Saenz Alvarado, 2023, p. 92)

La conclusión a la que arriba la autora, encuentra coherencia dentro del entendido a que el sistema jurídico es un todo, algo unitario y la autonomía no puede ser entendida como un desprendimiento de las otras ramas del derecho y los principios que orientan al sistema. De tal manera, solo a través de una *lex certa*, podemos clarificar y armonizar el sistema jurídico, lo que conlleva a la necesidad de apartarnos de una ilicitud genérica y se formula de forma específica.

Por lo expuesto, el principio de taxatividad no es una mera exigencia hacia la intervención pública, sino que se convierte en verdaderos límites formales y materiales. Su indeterminación y obviedad en la prescripción los supuestos de ilicitud, tiene como consecuencia que se use como mecanismo de control social ilegítimo, para atemorizar a aquellos opositores al gobierno, entre otros (Muñoz, 2021). Es decir, se hace un uso ilegítimo del poder público en beneficio de los gobernantes de turno, el mismo que también podría constituirse como un abuso de derecho.

Es claro que no se puede tomar todos los supuestos posibles de la realidad en una norma, pero, ello no habilita al Estado a realizar una injerencia arbitraria en la vida de los ciudadanos y su propiedad. Por ello, Papayannis (2021) sostiene que “El mejor equilibrio entre libertad de acción e indemnidad personal requiere emplear, como ocurre en todas las legislaciones que conozco, una buena combinación de estándares genéricos y estándares específicos” (p.79). Criterios y estipulaciones específicas para restringir derechos y las amplias o genéricas para aquellas consecuencias de reproche moral o afectaciones de menos trascendencia en el derecho.

4. La ilicitud genérica y su relación con la interpretación restrictiva de los derechos fundamentales

Las principales tipologías interpretativas de la norma son la estricta, la extensiva y la restrictiva. La estricta es un método de interpretación común o literal de la norma (Coca, 2020). Es decir, es el tipo interpretativo más simple en el ámbito jurídico y la que cualquier persona sin necesidad de ser un estudioso del derecho puede realizarlo. Esto lo ubica en forma básica de interpretación que los ciudadanos en general lo realizan cotidianamente.

Por su parte, la extensiva es el mecanismo por el cual se realiza una ampliación de los efectos de una norma a situaciones que no se han prescrito expresamente (Torres, 2019). Tales consecuencias no han sido reconocidas, pero, por una labor del operador jurídico se lleva a que surta efectos en situaciones y relaciones jurídicas no prescritas. La extensión de los efectos de una norma es preocupante, más cuando se ingresa a restringir determinados derechos, esta situación se encuentra sumergida la regulación de la ilicitud en la extinción de dominio.

En el caso de la restrictiva, a decir de Rubio (2020) “(...) se aplica solo a los casos en los que no existe ni la menor duda”. Lo que consiste en la aplicación de la norma reduciendo los alcances

por tratarse de normas prohibitivas o las especiales. Esta interpretación tiene justificación en la característica expansiva de los derechos fundamentales, dado que, no puede concebirse ninguna manera que vía interpretación se empiece a producir efectos no previstos expresamente.

De este modo, al momento de aplicar las consecuencias jurídicas se recurre a diversas interpretaciones, pero, la interpretación constitucional del derecho se ubica en una posición irradiadora dentro de todo el sistema. Dentro de este grupo tenemos a la interpretación restrictiva de los derechos fundamentales, a este se entiende como una variante del *pro homine* que establece una preferencia interpretativa a los órganos jurisdiccionales, prescribiendo que, en el caso de restricción de derechos deba interpretarse siempre en forma restrictiva (Carpio, 2003). En otras palabras, si se restringe derechos, el juzgador se limita a lo establecido en la norma, esto se materializa en la imposibilidad de aplicar analogía en la restricción de derechos.

Lo expuesto nos lleva necesariamente a analizar la tipificación de ilicitud dentro de la extinción de dominio, pues ahí existe una ilicitud genérica e indeterminada en cuanto a los presupuestos extincionistas. Se da el caso que, en lugar de aplicar una interpretación restrictiva en la afectación de los derechos fundamentales, se impone una interpretación amplia para los requeridos al proceso de extinción, vulnerando el alcance expansionista de los derechos fundamentales. La vulneración contiene una afrenta al derecho de propiedad de los requeridos, pues no pueden prever y tutelar adecuadamente los bienes objetos del proceso, porque no se ha establecido qué tipos de ilícitos traen tal consecuencia.

Conclusiones

La extinción de dominio es un instituto jurídico que habilita al Estado el traslado del dominio a su favor, esto debido a su vinculación con actividades de carácter ilícito, sin importar la naturaleza de la ilicitud; además, es un instrumento indirecto contra actos delictivos y en el Perú se encuentra regulado en el Decreto Legislativo N.º 1373. Los orígenes de este instituto son un tanto difusos, sin embargo, con las características que actualmente lo conocemos nos remonta a Colombia, ordenamiento jurídico que hace de principal referencia en la región.

Los alcances de la ilicitud en la extinción de dominio son indeterminados, porque en el artículo I del Título Preliminar del Decreto Legislativo N.º 1373 establece solo algunos supuestos, dejando abierto cualquier aplicación a otra situación no contemplada expresamente. Frente a ello, se puede reconocer que actualmente existe una ilicitud genérica y otra específica dentro del ámbito de extinción de dominio, lo que se viene aplicando según cada circunstancia. No obstante, resulta indispensable la contemplación expresa de los supuestos extincionistas, porque solo en

[28] Ilustre Colegio de Abogados de Lambayeque, Perú

base a ello los ciudadanos en general pueden tomar acciones tuitivas y su propiedad cumpla su función social conforme a derecho.

De esto modo, se evidencia que la ilicitud genérica resulta inviable pese a su aplicación, porque vulnera el principio de taxatividad que sirve como requisito necesario para poder conocer todos los presupuestos necesarios para extinguir el dominio de los bienes. La actuación del Estado no se encuentra exenta de exigencias mínimas en la intervención de los particulares, sino que en su rol de establecer directrices para sus ciudadanos también se encuentra obligado a ser claro y preciso para su firme reconocimiento.

La circunstancia de indeterminación de ilicitud en la extinción de dominio puede ser controlada vía una adecuada interpretación constitucional. La norma especial no prevé tal circunstancia, pero en atención a la interpretación restrictiva de los derechos fundamentales de la variante *pro homine* tiene una orden de prelación destacada sobre las otras. Esto debido a que, toda restricción de derecho deba ser sometido a lo expresamente establecido en la norma y no siendo posible extender los alcances a ámbitos no contemplados.

Finalmente, la extinción de dominio es un instrumento necesario para combatir la criminalidad organizada y su patrimonio, pero presenta condiciones que deben ajustarse al sistema jurídico. Por tanto, es necesario realizar algunas modificaciones, tal como es el caso del artículo I del Título Preliminar del Decreto Legislativo N.º 1373, en donde se debe describir expresamente los alcances de la ilicitud.

Referencias

- Acuña, L. (2023). *La acción de extinción de dominio: entre una perspectiva constitucional y la dinámica de los derechos reales*. [Tesis doctoral, Universidad de Costa Rica]. <https://www.kerwa.ucr.ac.cr/server/api/core/bitstreams/c4ec0f26-6923-475b-80d9-599f82592cd4/content>
- Aguilar, C. (2022). *Extinción de dominio: conceptualización desde las garantías constitucionales*. Universidad Nacional de Ciencia y Tecnología de Costa Rica, 1-25. <https://hdl.handle.net/20.500.14230/7458>
- Atienza, M., & Ruiz, J. (2006). *Ilícitos atípicos: sobre el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder* (2da. edición). Editorial Trotta. <https://elibro.net/es/ereader/utpbiblio/238420?page=5>
- Carpio, E. (2003). La interpretación de los derechos fundamentales. *Derecho PUCP*(56), 463-530. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/10587>

- Cassanello, N. (2022). Extinción de dominio: orígenes e incorporación a los ordenamientos jurídicos latinoamericanos. *Juees*, (3), 141-150.
<https://revistas.uees.edu.ec/index.php/rjuees/article/view/1128/775>
- Castro, E., & Castro, I. (2019). La evolución legislativa de la acción de extinción de dominio en Colombia. *Universidad Libre de Colombia*, 1-27.
<https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/20053/LA%20EVOLUCI%C3%93N%20LEGISLATIVA%20DE%20LA%20ACCI%C3%93N%20DE%20EXTINCI%C3%93N.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Coca, S. (2020). *Aplicación analógica de la ley (artículo IV del Título Preliminar del Código Civil)*.
<https://lpderecho.pe/aplicacion-analogica-ley-titulo-preliminar-codigo-civil/>
- Congreso de Colombia. (20 de enero de 2014). Ley 1708. *Código de Extinción de Dominio*. Función Pública. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=56475>
- Cristóbal, T. (2020). El principio de legalidad como exigencia mínima de legitimación del poder penal del Estado. *Revista Oficial del Poder Judicial*, 12(14), 249-266.
<https://revistas.pj.gob.pe/revista/index.php/ropj/article/view/267/412>
- Díaz, J., & Díaz, S. (2023). *La aplicación en el tiempo del Decreto Legislativo N° 1373 sobre el proceso de extinción de dominio y su consecuencia en el principio constitucional de irretroactividad de las normas*. [Tesis para optar el título profesional de Abogado, Universidad Tecnológica del Perú]. <https://repositorio.utp.edu.pe/handle/20.500.12867/8242>
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. (P. Ibáñez, A. Ruiz, & J. Bayón, Trads.) Editorial Trotta.
- Franzoni, M. (1997). La Noción de Ilícito. *Derecho y Sociedad* (12), 55-60.
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/16662>
- Freixa, E. (2003). ¿Qué es conducta? *International Journal of Clinical and Health Psychology*, 3(3), 595-613. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=33730310>
- García, P. (2024). Aspectos básicos del proceso de extinción de dominio. *Actualidad Penal* (117), 177-206. <https://actualidadpenal.pe/revista-digital/edicion/actualidad-penal-117/aspectos-basicos-del-proceso-de-extincion-de-dominio>
- Garza Bandala, P. (2016). Sobre la ilicitud y antijuricidad. En Á. Adame (Coord.), *Homenaje al doctor Jorge Alfredo Domínguez Martínez* (pp. 145-159). Instituto de Investigaciones Jurídicas. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4290/12.pdf>
- Herrera, M., & Mendoza, F. (2021). Principios y garantías del proceso de extinción de dominio en el Perú. En *Extinción de dominio y lucha contra la criminalidad organizada y económica*. (1ra ed.). Instituto Pacífico.
- Herrera, M., González, R., & Borquez, M. (2022). La extinción de dominio en el sistema legal mexicano. *South Florida Journal of Development*, 3(2), 2005-2016.

<https://ojs.southfloridapublishing.com/ojs/index.php/jdev/article/download/1273/1041/3259>

Luján, M. [AMAG- Perú] (18 de julio de 2024). *La buena fe y diligencia en el injusto de Extinción de Dominio* [Archivo de video]. YouTube. https://www.youtube.com/watch?v=u5ncwKBuzWU&ab_channel=AMAG_Per%C3%BA

Manrique, M. (2022). La ilusión de la Taxatividad. *En Letra: Derecho Penal*, VIII(15), 40-59. <https://ri.conicet.gov.ar/handle/11336/236286>

Muñoz, C. (2021). Arbitrariedad en la extinción de dominio de automotores que participan en protestas. *CEI Boletín Informativo*, 8(3), 20-21. <https://revistas.umariana.edu.co/index.php/BoletinInformativoCEI/article/download/2837/3120/7500>

Papayannis, D. (2021). Razonabilidad e incertidumbre en los estándares de diligencia. *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, (55), 61-83. <https://doi.org/10.5347/isonomia.v0i55.471>

Poder Ejecutivo del Perú. (4 de agosto de 2018). Decreto Legislativo N° 1373. *Decreto Legislativo sobre Extinción de Dominio*. Diario Oficial el Peruano.

Prieto, A. (2021). *El comiso sin condena o civil asset forfeiture: avanzando hacia el pasado*. En R. De Vicente, D. Gómez, T. Martín, M. Muñoz, & A. Nieto (Edits.), *Libro Homenaje al Profesor Luis Arroyo Zapatero: Un Derecho penal humanista* (Vol. II, pp. 1103-1114). Boletín Oficial del Estado. https://www.boe.es/biblioteca_juridica/publicacion.php?id=PUB-DP-2021-216

Rivera, R. (2017). *La extinción de Dominio. Un análisis al Código de Extinción de Dominio* (2da ed.). Ed. Leyer.

Rivero, J. (2020). La acción civil de extinción de dominio: el retorno al cuerpo del delito. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, 6(2), 617-666. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i2.357>

Rubio, M. (2020). *El sistema jurídico. Introducción al Derecho* (12va ed.). Fondo Editorial PUCP.

Saenz Alvarado, M. I. (2023). *La autonomía del proceso de extinción de dominio frente al control de los principios generales del derecho*. [Tesis para optar el título profesional de Abogado, Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo]. <https://repositorio.unprg.edu.pe/handle/20.500.12893/11844>

Santander, G. (2017). La emancipación del comiso del proceso penal: Su evolución hacia la extinción de dominio y otras formas de comiso ampliado. En *Combate del lavado de activos desde el sistema judicial* (5ta edición, pp. 425-502). Organización de los Estados Americanos. https://www.oas.org/es/ssm/ddot/publicaciones/LIBRO%20OEA%20LAVADO%20ACTIVOS%202018_4%20DIGITAL.pdf

- Santander, G. (2018). *Naturaleza jurídica de la extinción de dominio: fundamentos de las causales extintivas*. [Tesis de maestría, Universidad Santo Tomás]. <https://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/13246/2018gilmarsantander.pdf?sequence=1>
- Tobar, J. (2014). Aproximación general a la acción de extinción del dominio en Colombia. *Revista Civilizar Ciencias Sociales y Humanas*, 14(26), 17-38. <http://dx.doi.org/10.22518/16578953.140>
- Torres, A. (2019). *Introducción al Derecho. Teoría general del derecho*. Pacífico Editores.
- Vargas, C. (2023). Anomia y extinción de dominio: una mirada fundamentadora a la figura constitucional. *Derecho Penal y Criminología*, 45(118), 271-298. <https://doi.org/10.18601/01210483.v45n118.09>

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.

El delito de violación sexual mediante engaño y su adecuada ubicación en la norma penal como propuesta para la correcta protección de la libertad sexual

The crime of sexual violation through deception and its proper placement in criminal law as a proposal for the correct protection of sexual freedom

Vivian Ilanicg Castañeda Olivera*¹

Universidad de San Martín de Porres (Chiclayo, Perú)

vivian_castaneda@usmp.pe

<https://orcid.org/0009-0007-6597-3312>

Recibido: 01/08/2024

Aceptado: 13/10/2024

Publicación online: 18/12/2024

*Autora corresponsal

¹Abogada

Cómo citar este trabajo



Castañeda Olivera, V. I. (2024). El delito de violación sexual mediante engaño y su adecuada ubicación en la norma penal como propuesta para la correcta protección de la libertad sexual. *Chornancap Revista Jurídica*, 2(2), 33-46. <https://doi.org/10.61542/rjch.92>

RESUMEN

El delito de violación sexual mediante engaño tipificado en el artículo 175 del Código Penal Peruano presenta una incorrecta ubicación legislativa, por lo que el objetivo de esta investigación es postular una reubicación de este delito hacia el tipo penal base de violación sexual en el artículo 170 del Código Penal Peruano, utilizando como medio para lograrlo el análisis del concepto de “entorno” en el que la víctima no puede dar su libre consentimiento. Es así que, mediante este ejercicio, la definición de “entorno” se amplía como el conjunto de condiciones tanto externas como internas que influyen en el consentimiento del sujeto pasivo, resaltando las condiciones internas como aquellas producidas dentro de la mente humana mediante la formación de una idea o escenarios en la víctima con la finalidad de consentir el acto sexual. Con este nuevo concepto, se incluye el delito de violación sexual mediante engaño dentro del delito base de violación sexual. Esto permitirá visibilizar y criminalizar conductas lamentablemente normalizadas como el stealthing, utilizando para esta labor el método de investigación deductivo.

Palabras clave: Violación sexual, Derecho Penal, Reforma jurídica, Aplicación de la ley, Derecho comparado.

ABSTRACT

The crime of sexual violation through deception typified in article 175 of the Peruvian Penal Code presents an incorrect legislative location, so the objective of this investigation is to postulate a relocation of this crime to the base criminal type of sexual rape in article 170 of the Peruvian Penal Code, using as a means to achieve this the analysis of the concept of “environment” in which the victim cannot give free consent. Thus, through this exercise, the definition of “environment” is expanded as the set of both external and internal conditions that influence the consent of the passive subject, highlighting the internal conditions as those produced within the human mind through the formation of an idea or scenarios in the victim with the purpose of consenting to the sexual act. With this new concept, the crime of rape by deception is included within the base crime of rape. This will make it possible to make visible and criminalize unfortunately normalized behaviors such as stealthing, using the deductive research method for this work.

Keywords: Sexual violation, Criminal law, Legal reform, Law enforcement, Comparative law.

Introducción

Cuando tuve la oportunidad de analizar un caso en esta materia, quedaron sobre mi escritorio múltiples apuntes y dudas respecto al tratamiento que se le da al delito de violación sexual en el Perú. Evidentemente, para lograr responderlas, encontraba una investigación que satisfacía esa necesidad de saber cómo los conceptos se comportaban en la práctica; sin embargo, al reconocer la palabra “entorno” dentro de la redacción del artículo 170 del Código Penal Peruano¹ vi una oportunidad de replantear lo que ya se conocía y ampliar su definición.

A raíz de esto, observé que una nueva definición del entorno en el que se le impide a la víctima dar su libre consentimiento no solo me permitiría conocer más acerca de su aplicación en casos locales; puesto que, adicionalmente pude conocer otras historias a nivel internacional donde la correcta aplicabilidad del concepto de “entorno” contribuía con la adecuada protección del bien jurídico de libertad sexual y la visibilizarían de nuevas conductas, lamentablemente normalizadas, como el stealthing.

Es así, que, para una labor como esta, debemos ser conscientes de la realidad nacional. En ese sentido, debemos advertir que los delitos sexuales representan el grado más alto en criminalidad dentro de los Centros Penitenciarios en nuestro país, cuya solución no se encuentra principalmente en manos del poder judicial o el poder legislativo con la elaboración de textos más rígidos, siendo el poder ejecutivo el encargado de mejorar las bases educativas y familiares en niños

¹ Señala: “El que, con violencia, física o psicológica, grave amenaza o aprovechándose de un entorno de coacción o de cualquier otro entorno que impida a la persona dar su libre consentimiento, obliga a esta a tener acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza cualquier otro acto análogo con la introducción de un objeto o parte del cuerpo por alguna de las dos primeras vías (...)”.

y adolescentes, con la finalidad de prevenir conductas como la analizada en estas líneas (Reátegui Sánchez, 2015, p. 171)

Al respecto, comparto la importancia del rol del poder ejecutivo; sin embargo, considero que en delitos consumados no es posible, como en la vida misma, retroceder el tiempo para aplicar estrategias de fortalecimiento familiar en los agentes que ya han cometido el delito. Entonces, ya no estamos en una fase inicial de prevención, pues esta investigación tiene otros matices que propiciarán un mejor panorama práctico.

Es en este contexto que el objetivo principal es ubicar correctamente la conducta tipificada en el artículo 175 del Código Penal Peruano² dentro del tipo penal base, evidenciando que en la actualidad no corresponde su separación bajo una modalidad distinta, lo cual adicionalmente permitiría visibilizar conductas producidas por el engaño a víctimas mayores de 18 años, no solo en el rango reducido por el artículo citado, es decir, para mayores de 14 y menores de 18 años, aplicando así lo mencionado por Caro Coria (1999), quien resalta que la exigencia de la tipicidad del hecho forma parte de las garantías de la víctima; de esta manera, toma sentido la protección de toda persona y sociedad (p. 11).

Para lograrlo, esta investigación se segmentará en dos partes principales; donde en la primera, se realizan valoraciones con relación al entorno en el que la víctima brinda el consentimiento; mientras que en la segunda, se presenta una propuesta final permitiendo ubicar la conducta descrita como violación sexual mediante engaño dentro del medio comisivo de “cualquier otro entorno que impida a la persona dar su libre consentimiento”, como parte del artículo 170 del Código Penal Peruano, ampliando así un mayor rango de protección, sin obviar el objetivo central de tutela a las víctimas adolescentes.

1. Más allá del consentimiento

1.1. Una aproximación a la definición del consentimiento con relación a la libertad sexual

El consentimiento como parte de una estructura contractual ha cumplido con captar la atención de quienes procuran su estudio en materia civil; sin embargo, a criterio de esta autora, son cada vez menos los que incluyen en su exploración un interés distinto. Desde esta breve premisa, es posible evaluar al consentimiento en conductas lesivas, ya estén presentes o no lo estén aún en nuestro sistema jurídico penal.

² Prescribe: “El que, mediante engaño tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza cualquier otro acto análogo con la introducción de un objeto o parte del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, a una persona de catorce años y menos de dieciocho años será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de nueve años.”

A nivel histórico (entre los años 170 a 228 d. C), Ulpiano precisa la siguiente frase: "*nulla iniuria est, quae in volentem fiat*", cuya traducción relata que todo acto ejecutado con voluntad de quien es lesionado no constituye injusto. En su significado, el consentimiento puede interpretarse en base a una advertencia; es decir, que el acto inicial permitido (acto ejecutado con voluntad de quien es lesionado) ocasiona inevitablemente un perjuicio que necesariamente deba ser conocido por el titular del bien jurídico.

En virtud de esto, un concepto apropiado para los fines del texto debe contener más que lo anterior, es decir, una definición como la primera no es suficiente para lo que pretendemos analizar. Por esto, iniciamos identificándonos con lo afirmado por Mir Puig (2006) quien sostuvo que, para la exclusión de la responsabilidad penal, el consentimiento merece la existencia de alguien que acepta determinadas condiciones para llevar a cabo una conducta, que potencialmente constituye un delito cuando las circunstancias iniciales no se cumplan (p. 509).

En una visión contemporánea, el consentimiento no siempre se limita a un estado de alerta, donde inicialmente se advierta una posible afectación y a pesar de esto se continúe; por el contrario, quien es titular de un bien jurídico cuya disponibilidad se encuentre permitida, es capaz de manifestar su voluntad porque así lo desee, contribuyendo a su desarrollo, sin representarse en un escenario negativo para este.

Entonces, adoptamos una postura inicial que justifica una definición con relación al bien jurídico de libertad sexual, pues si el consentimiento es brindado sobre la base de algo y no se cumple, sus términos se invalidan, ocasionando una conducta diferente; es decir, un acto sexual no consentido. Esto, a diferencia de otras posturas, establece una relación lógica basada en un acuerdo y aceptación previa (antes de la comisión del hecho típico) y el resultado de su realización, donde lo primero necesita ser cumplido para que lo segundo pueda suceder en la realidad.

1.2. Introducción del consentimiento al tipo penal base

Antes del año 2018, el delito de violación sexual en nuestra legislación peruana contaba con dos medios comisivos, la "violencia" o "grave amenaza"; sin embargo, estos pasan a la esfera tradicional, permitiendo así la incorporación de un "entorno de coacción o cualquier otro que impida a la persona dar su libre consentimiento", a partir de la modificación del artículo 170 por la Ley 30838.

La Comisión legislativa justificó esta reforma en base a datos extraídos de la realidad, donde el delito de violación sexual no se limita a la ejecución de actos violentos o intimidantes sobre la víctima, sino también en supuestos donde el consentimiento sea inválido.

Este marco legislativo se relaciona con lo mencionado por Valega (2021), dado que, si las condiciones que posibilitan la interacción sexual no son consentidas, resulta suficiente para atribuirle al sujeto activo la realización de la conducta típica del delito de violación sexual (p. 11).

Observamos que la definición de “entorno” con relación al propio texto del código resulta limitada y poco atendida por la dogmática penal y jurisprudencial, siendo interpretado de forma literal como el lugar o ambiente en el que se somete a la víctima para realizar actos de connotación sexual, sin poder mostrar su conformidad. Este concepto imposibilita la subsunción de otras conductas donde el escenario que la víctima percibe no es desfavorable.

En tal razón, debemos observar alrededor de la situación para considerar que el entorno es más que su forma física, añadiendo la siguiente idea: El entorno como componente del artículo 170 del Código Penal Peruano es el conjunto de condiciones tanto externas como internas que influyen en el consentimiento del sujeto pasivo.

Las condiciones externas e internas son gestadas por el sujeto activo, pero en el segundo supuesto, estas se producen en la mente humana mediante la formación de una idea o escenarios en la víctima, creando las condiciones necesarias para su consentimiento.

Con especial énfasis en las condiciones internas, no siempre parten de la amenaza, coacción o la inviabilidad de estar en un ambiente diferente y repeler la conducta típica. Imaginemos que “A” brinda su consentimiento para mantener relaciones sexuales con “B” en un ambiente en el que pueden desarrollarse libremente, pero “A” previamente exterioriza su deseo de no ser madre a “B”, quien promete a petición de “A” llevar a cabo el acto utilizando un profiláctico; sin embargo, “B” decide no cumplir con tal condición fingiendo lo contrario, haciendo el ademán de colocarse el preservativo para que “A” piense que las condiciones por las que aceptó se efectúan.

En la narración anterior no se verifica la existencia de un ambiente en el que “A” no pudo proporcionar su consentimiento de forma libre; todo lo contrario, “B” ejecuta el acto con anuencia de quien lo acompaña. En tal caso, bajo la interpretación literal de la definición de entorno con relación al tipo penal de violación sexual, la conducta sería atípica.

Un panorama diferente se avizora con la aplicación de la definición propuesta líneas arriba. Si entendemos al entorno como el conjunto de condiciones tanto externas como internas que influyen en el consentimiento del sujeto pasivo, el caso propuesto sería plenamente compatible con el tipo base, sin la necesidad de crear una nueva modalidad para la protección de la libertad sexual de “A” ; que adelante, fue objeto de vulneración por parte de “B”, ya que el consentimiento invalidado a causa del engaño (condición interna del entorno) no es consentimiento; y en consecuencia, forma parte de la configuración del delito de violación sexual.

Desarrollar conceptos más compatibles con la finalidad de cualquier tipo penal siempre permitirá la correcta protección del bien jurídico. Entonces, una visión interpretativa más amplia permite identificar problemas no reconocidos y lamentablemente normalizados, olvidando que la interpretación en el derecho actúa como la búsqueda del valor de la norma, extendiéndose a la aplicabilidad de cada caso (García Caveró, 2012, p. 54)

1.3. El engaño como vicio de voluntad

En palabras de Chang Kcomt (2017), el inicio de la autorrealización personal, entendida como el desarrollo progresivo en determinadas áreas de la vida humana, es la libertad, sobre la que se dispone del bien jurídico (p. 372).

Ahora bien, entendiendo que esta “disposición” tiene previamente un fin, sería inaceptable que en la ejecución de determinadas acciones se desconozcan o ignoren las razones que motivaron la libre aceptación.

Ubicándonos en el caso anterior (“A” y “B”), una variable diferente a los sujetos sería el bien jurídico de libertad sexual, cuya disposición se manifestó en consecuencia de la promesa y acción ficticia de “B”. Este último no sometió a “A” mediante amenaza, mucho menos con el uso de una fuerza física, sólo fue necesaria una mentira.

Este es un ejemplo para entender que el engaño como vicio de voluntad invalida el consentimiento; en algunos casos, no deja rastro al inicio y durante la acción, lo que puede confundirse con la falta de lesividad al bien jurídico y no criminalización de una conducta normalizada.

Lamentablemente, ha quedado como precedente el Recurso de Nulidad 1628-2004 – Ica, donde se advierte desde el análisis del delito de seducción (hoy denominado violación sexual mediante engaño), que el engaño cumple con la finalidad de facilitar la realización del acto sexual, mas no de conseguir el consentimiento de la víctima. Esto nos lleva al siguiente cuestionamiento: Si la conducta requiere de la acción “acceso carnal”, para facilitar este acceso ¿No se genera una intervención en el consentimiento de la víctima?, ¿El engaño no es un medio para lograr el acceso carnal?

Evidentemente, “facilitar” el acceso carnal con el uso de un medio fraudulento como el engaño tiene como finalidad, en casos como estos, conseguir el consentimiento de la víctima, pero de manera viciada; en consecuencia, es necesario entender que el engaño como un vicio de voluntad imperceptible impide al sujeto pasivo actuar de otra manera.

Al respecto, la doctrina también establece tipos de engaño, que en suma solo son representaciones de casos diferentes; y claro, es necesaria la notoriedad de estos, pero algo más interesante desde esta tribuna es el análisis de la diferencia entre “engaño” y “error”.

Para este fin citamos nuevamente a Mir Puig (2006) quien concluye que el consentimiento de la víctima producto de un error no es suficiente en delitos de connotación sexual, pues la única manera para plantearnos la existencia de un posible delito es si este error es producto del engaño del autor (p. 520).

Asimismo, Jescheck & Weigend (2014) afirman que tanto el engaño como el error afecta la ineficacia del consentimiento producto de la intervención del sujeto activo en la esfera jurídica de la víctima (p. 612).

Conociendo estas dos grandes referencias, nos corresponde aclarar lo siguiente: Un primer aspecto es el error como motivo de ineficacia del consentimiento, mientras que el segundo es determinar si todo error genera responsabilidad en el sujeto activo.

La distinción es necesaria, ya que no es lo mismo actuar por error que inducir al error, siendo este último el que se produce como parte de la conducta del sujeto activo, mientras que el error por sí solo no genera responsabilidad. Si una mujer pretende tener relaciones sexuales con el hermano gemelo de su pareja, bajo la creencia de estar frente a la persona correcta, estamos ante un error, pero si el hermano gemelo genera mediante palabras o acciones credibilidad en la víctima para acceder carnalmente, el error sí es producido por este y se configura el engaño.

Otro aspecto particular se encuentra en las condiciones sobre las que se brinda el consentimiento; por ejemplo, el uso de preservativo durante el acto sexual es una condición para quien no desea procrear o con la finalidad de prevenir el contagio de una enfermedad de transmisión sexual. Esta condición es válida, ya que no sugiere la comisión de un delito previo; sin embargo, si una condición se basa en causar previamente la muerte de otro, claramente no podrá manifestarse por ser contraria a la norma penal.

Esto fue motivo de análisis por Castellví Monserrat & Mínguez Rosique (2021), quienes proponen que para la protección de la libertad sexual no debe evaluarse la forma en la que es ejercida por el titular; es decir, no se debe distinguir entre una elección adecuada o inadecuada.

El problema no es definir una elección como buena o mala, sino como condiciones permitidas y no permitidas, tomando como eje las reglas de nuestro ordenamiento jurídico. Por este motivo, se hizo la advertencia al iniciar este epígrafe, ya que para el desarrollo de la libertad sexual o de cualquier libertad no se puede aceptar cualquier término que parta de la comisión de otros delitos o conductas lesivas. En consecuencia, lo que importa no es la relevancia de las

condiciones o, como algunos autores sugieren, “la relevancia del engaño”, sino que sean penalmente permitidas; sólo a partir de este enfoque se protegerá adecuadamente el bien jurídico.

1.4. Imposibilidad de evaluar la voluntad presunta en el delito de violación sexual

En palabras de Bacigalupo (1999), el consentimiento es presunto cuando el titular del bien jurídico no puede expresarlo o no es posible conseguirlo de él. Esto supone que quien pretenda obtenerlo tiene que pensar en la voluntad del titular (p. 296).

En ese sentido, R. Chang Kcomt (2017) afirma que el uso del término “consentimiento presunto” no es el adecuado, ya que lo que sí puede llegar a suceder es pensar en la “voluntad presunta” del titular, operando, así como una causa de justificación autónoma (p. 13).

Y claro, cómo no estar de acuerdo, si la voluntad presunta supone pensar en la personalidad del titular del bien jurídico, las acciones que hubiera tomado o no, su capacidad, entre otras cualidades que nadie más que él conoce, permitiendo inferir la ejecución de una lesión. Sin embargo, algunos han advertido que este asunto pertenece a una causa de atipicidad, pero no a una causa de justificación sui generis; al respecto, comparto que para establecer lo primero, el bien jurídico no puede afectarse, mientras que, al pensar en una causa de justificación, el bien jurídico sí ha sufrido una lesión; por lo tanto, sería válida la segunda postura.

Más de un debate interesante ha surgido, pero ninguno desarrolla la voluntad presunta como causa de justificación autónoma en el delito de violación sexual; y quizás, por ser algo imposible.

Entre la jurisprudencia nacional e internacional existe un común acuerdo en el desarrollo de la manifestación de voluntad y expresión tácita del consentimiento para proteger a víctimas de violación sexual; esto nos permite inferir, de manera preliminar, que, a comparación de otros bienes jurídicos, la libertad sexual en su tratamiento una especial protección tanto por las lesiones en diferentes aspectos del desarrollo de la vida humana, como en la representación de un menoscabo irreparable.

Entonces, en ningún caso puede presumirse la disponibilidad de la libertad sexual por ser un bien jurídico con un objeto de tutela penal especial, lo cual impide tanto interpretaciones de su libre ejercicio, como la subrogación.

2. Una solución al problema

En gran parte, mi postura respecto al entorno, consentimiento y demás conceptos que hacen válida la disposición del bien jurídico de libertad sexual ha sido abordada en el primer

apartado de este artículo; sin embargo, en el presente estadio toca dar respuesta al siguiente problema: ¿La conducta tipificada en el artículo 175 del Código Penal Peruano (violación sexual mediante engaño) está correctamente ubicada en la norma penal?

De acuerdo con el análisis desarrollado hasta ahora, es posible ubicar la conducta del artículo 175 del Código Penal Peruano dentro del tipo penal base; por cuanto el engaño forma parte del aprovechamiento de cualquier otro entorno que impida a la persona dar su libre consentimiento, entendiendo el entorno como el conjunto de condiciones tanto externas como internas que influyen en el consentimiento del sujeto pasivo; logrando así, la introducción del engaño dentro de las condiciones internas.

Resuelto esto, surge una nueva pregunta, ¿Qué sucederá con los adolescentes de 14 y menores de 18 años, cuyo rango específico de protección se encuentra en el artículo 175 del Código Penal?

Al respecto, Salinas (2008), señala que, en esta figura, se pretende proteger el proceso de formación de la voluntad de los adolescentes, que además presentan bases psíquicas no desarrolladas en su totalidad (p. 831).

En estos casos, hablar de la inmadurez sexual de la víctima es sinónimo de inexperiencia; puesto que en ese rango de edad se experimentan los primeros encuentros, sin considerar a fondo las posibles consecuencias para su desarrollo personal, tanto físicas como psicológicas.

Es así, que la razón por la que se sanciona la conducta del artículo 175 del Código Penal Peruano es la suma de dos factores complementarios: El engaño como razón para invalidar el consentimiento y el rango de edad del sujeto pasivo, donde la accesibilidad para conseguir el consentimiento de la víctima mediante engaño se debe además a la inmadurez en su desarrollo sexual que permite al sujeto activo llegar a ejecutar la acción de forma más asequible en adolescentes de 14 y menos de 18 años.

Sin embargo, si observamos el numeral 11 del artículo 170 del Código Penal Peruano, existe una protección equivalente a la que se propone en el artículo anterior; puesto que, si la víctima tiene entre 14 y 18 años y el agente se aprovecha de tal condición, se configura automáticamente como agravante específica, con una pena privativa de libertad no menor de 20 ni mayor de 26 años.

Finalmente, tenemos la siguiente respuesta al problema planteado al inicio de este apartado: La conducta tipificada en el artículo 175 del Código Penal Peruano (violación sexual mediante engaño) no está correctamente ubicada en la norma penal; siendo así, la forma adecuada de sancionarse se encuentra aplicando el numeral 11 del artículo 170 del Código Penal Peruano,

considerando al engaño como una condición interna del entorno por el que se impide a la víctima dar su libre consentimiento.

La propuesta sugerida no equivale a la despenalización de la conducta, ya que esto implicaría ignorarla y progresivamente dejar de sancionarla. Lo que se hace es ubicarla donde debería sancionarse, permitiendo además ampliar esta protección a casos donde el engaño es utilizado como medio para conseguir el consentimiento de la víctima, pero con un rango de edad más amplio; es decir, también para mayores de 18 años.

2.1. El *stealth* y su reconocimiento en el derecho comparado

Precisamente, se propone una reubicación que permita, además, visibilizar otras conductas lesivas al bien jurídico de libertad sexual, como el *stealth*, cuyo análisis ha sido materia de debate en el derecho comparado.

Legislaciones como la de Estados Unidos, Canadá, Suiza, España, Brasil y Reino Unido ya han aplicado sanciones a quienes realizan esta práctica, mientras que, en otros países, como Perú, aún no se desarrolla esta problemática.

El *stealth* para Yamila Yael (2018), proviene de la palabra “sigilo”, especialmente realizado por un varón durante el acto sexual, que no desea ser descubierto por la víctima de las acciones que realiza de forma oculta (p. 27).

Asimismo, García (2020) define al *stealth* como la acción llevada a cabo por varones durante el acto sexual consentido, retirándose el profiláctico sin advertir a su acompañante que lo había exigido para la realización del acto sexual (p. 10).

Uno de los casos más relevantes es el de Ross Kirkpatrick en Canadá. En el año 2017, él y una mujer acordaron tener relaciones sexuales con el uso de un preservativo durante todo el acto, siendo esta la razón por la que se inició bajo el consentimiento de la víctima; sin embargo, el agente omitió tal condición. Finalmente, la joven se percató de la ausencia del anticonceptivo de barrera al culminar el acceso carnal, por lo que decidió denunciar el hecho como agresión sexual.

La Corte Suprema de Canadá, hizo una comparación entre este caso y el de Hutchinson, suscitado en el año 2014, donde la conducta fue similar, ya que en este último se utilizó la perforación del preservativo. Una parte del Tribunal coincidió en hacer la comparación de lo resuelto previamente, concluyendo que tanto el sigilo como la alteración del preservativo constituyen prácticas fraudulentas que invalidan el consentimiento, catalogando así al *stealth* como una forma de agresión sexual (Caitlin, 2022, p. 2)

Los riesgos que produce esta conducta son la razón por la que empezó a visibilizarse. Entre ellos, tenemos el menoscabo a la integridad física y emocional, cuando la víctima se enfrenta a un embarazo no deseado, así como el contagio de alguna infección o una grave enfermedad de transmisión sexual.

En el estado de California, la conducta del *stealthing* implicó una modificación en la legislación civil, lo que permitió a las víctimas demandar por daños y perjuicios; sin embargo, se imposibilitó la presentación de cargos penales. Esta problemática toma notoriedad a raíz de movimientos como el de “solo sí es sí” en España y la promulgación de la ley orgánica 10/2022 de garantía integral de la libertad sexual, estableciendo que el consentimiento debe manifestarse de manera voluntaria y explícita (Canta, 2022, p. 23)

En la legislación Argentina, aún no se definen consecuencias a la práctica del *stealthing*, ya que no se han planteado definiciones en torno al problema; sin embargo, tras la reforma constitucional de 1994 se incorporó al texto de su Carta Magna diferentes tratados en los que se establecen estándares para abordar los delitos sexuales mediante técnicas legislativas que garantizan un mayor compromiso del Estado (Chávez, 2021, p. 2)

Es así, que la práctica del *stealthing* replantea los debates tanto en la doctrina como en la jurisprudencia en materia de agresión sexual. Asimismo, a través de esta problemática, se intenta sanear un conjunto de desigualdades en torno al acceso carnal y sus posibles consecuencias (García, 2024, p. 46)

Todo lo trabajado nos ayuda a entender que conductas como el *stealthing* y otras que probablemente desconocemos, pueden ser sancionadas sin necesidad de implementar una modalidad sobre otra, desgastando nuestro sistema, ya que en palabras de Muñoz Conde (2023), los problemas que surgen durante una relación sexual consentida no deben ser resueltos desde definiciones legales regularmente ingeniosas; todo lo contrario, es el Tribunal competente quien encontrará una respuesta mediante la ponderación de los elementos probatorios que presente cada caso (p. 28).

A estas alturas, se puede advertir que la labor interpretativa tuvo una especial dificultad y más la tendrá desde un enfoque práctico. Tal vez, muchos cuestionarán los casos aquí desarrollados o relacionarán la conducta con anécdotas cercanas, mientras que un grupo menor intentará seguir tejiendo ideas a esta primera pieza. Cuál sea el escenario, hasta el más desfavorable, propiciará un debate en el que surgirán nuevos conceptos, seguramente más ingeniosos.

Conclusiones

El consentimiento, en atención a la debida protección del bien jurídico de libertad sexual, debe analizarse en relación con el cumplimiento de las condiciones advertidas antes del acto; de lo contrario, la conducta equivaldría al delito de violación sexual tipificado en el artículo 170 del Código Penal Peruano.

El engaño como vicio de voluntad que invalida el consentimiento impide a la víctima actuar de una forma diferente, de tal manera que la representación o advertencia de una lesión al bien jurídico, al inicio, es imposible.

La definición de entorno propuesta, en cuanto a las condiciones internas, facilitará la adecuada ubicación de la conducta descrita en el artículo 175 del Código Penal Peruano (que debiera ser en el numeral 11 del artículo 170), permitiendo una adecuada protección de la libertad sexual en víctimas mayores de 18 años y la visibilizarían de conductas como el *stealthing*.

Finalmente, el *stealthing*, cuya conducta es conocida como el retiro del preservativo de manera sigilosa en un acto sexual consentido, ha sido objeto de análisis en legislaciones de Estados Unidos, Canadá, Suiza, España, Brasil y Reino Unido; sin embargo, en el Perú, se desconoce el registro de denuncias por casos similares, siendo este uno de los posibles motivos por los que no se ha encontrado mayor información en la doctrina nacional.

Referencias

- Bacigalupo, E. (1999). *Derecho Penal Parte General*. (Segunda Edición). Editorial Hammurabi.
- Caitlin, S. (2022). *El uso del sigilo como agresión sexual: la decisión de la Corte Suprema de Canadá en el caso R v Kirkpatrick y sus implicaciones para las políticas de violencia sexual en los campus universitarios de todo Canadá*. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Toronto. <https://www.utflr.ca/blog/stealthing-sexual-violence>
- Canta, A. (2022). *El consentimiento en los delitos contra la libertad sexual. Especial mención a la problemática del stealthing*. [Tesis para obtener el título de abogada, Universitat Pompeu Fabra]. <https://repositori.upf.edu/bitstream/handle/10230/53903/TFGDRET22CANTAConsen.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Caro Coria, D. (1999). Problemas de interpretación judicial en los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. *Ius Et Veritas*, 9(19), 250–269. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15871>

- Castellví Monserrat, C., & Mínguez Rosique, M. (2021). Con sigilo y sin preservativo: tres razones para castigar el stealthing. *Diario La Ley*. https://diariolaley.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAEVQwW6DMAz9muU4Beg6Ljm00AMSbIWhXSs3sSBSlqA4YePvI67aZskHPz8_vecAVxLFEwMZlpjaSZHIZXkb9YoJXG875xX64yY4Cy6AGZDEfs9LRrP7fIFVTxC0s0fwYvQRmVZd27-hER3aePbaSr2AyYoLL9JOiXrkqYpi98xztqKndCze9YQ2IJv1NLepw10LiDTVEEBUr_WIO4ynoTk85LskkPUtlwQv5zNMKfPNAZK1aAloRx2EM1owj0DLF5MmEZMMVmDQqj-n1EK0cu4j-u0OmX-gUaLtf3UYLlvZBmdS-B_i4ih9K34k142twLtIKTL_Bs6c0DxQAQAAWKE
- Chang Kcomt, R. (2017). *Consentimiento en Derecho Penal: Análisis Dogmático y Consecuencias Prácticas*. [Tesis doctoral, Universidad de Salamanca]. <http://hdl.handle.net/10366/135763>
- Chang Kcomt, R. A. (2017). ¿Existe el consentimiento presunto?: La voluntad presunta como causa de justificación. *Ius Et Veritas*, 54(2), 260–270. <https://doi.org/10.18800/iusetveritas.201702.014>
- Chávez, K. (2021). Stealthing, nueva forma de agresión sexual. *Columna de la Revista Pensamiento Penal*, 405. <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/doctrina89637.pdf>
- García Cavero, P. (2012). *Derecho Penal Parte General* (Segunda Edición). Jurista Editores. <https://proyectozero24.com/wp-content/uploads/2021/09/Garcia-Cavero-2012-Derecho-Penal.-Parte-General.pdf>
- García, M. F. (2020). Complejidades del “no es no”: un análisis del stealthing como fenómeno que afecta la autonomía sexual y el consentimiento personal. *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, 18(1), 117–140. https://www.palermo.edu/derecho/revista_juridica/pub-18-1/Revista-juridica-ano-18-N1-08.pdf
- García, M. F. (2024). Delitos sexuales y nuevas formas de criminalización. Stealthing: el consentimiento sexual a debate. *Derecho Penal y Criminología*, 45(119), 29–50. <https://doi.org/10.18601/01210483.v45n119.03>
- Jescheck, H.-H., & Weigend, T. (2014). *Tratado de Derecho penal Parte General*. Instituto Pacífico. <https://proyectozero24.com/wp-content/uploads/2021/09/Jescheck-2014-Tratado-Derecho-Penal.-Parte-General.-Volumen-I.pdf>
- Mir Puig, S. (2006). *Derecho Penal. Parte General* (Octava edición). Editorial Reppertor. <https://www.abogacia.pe/wp-content/uploads/2020/05/derecho-penal-santiago-mir-puig.pdf>
- Muñoz Conde, F. (2023). *Derecho Penal Parte Especial*. (25va Edición). Tirant Lo Blanch.
- Reátegui Sánchez, J. (2015). *Manual de Derecho Penal- Parte Especial*. Instituto Pacífico.
- Salinas, R. (2008). La etapa intermedia en el Código Procesal Penal de 2004. En *Revista JUS-Doctrina y Práctica*. Grijley.

- Valega, C. (2021). *¿Cómo debe entenderse el elemento de “libre consentimiento” en el delito de violación en Perú? Lineamientos Jurídicos para la Interpretación del Artículo 170 del Código Penal*. Universidad de Oxford.
- Yamila Yael, L. (2018). Stealthing: un ataque a la integridad sexual. *Revista de Derecho Penal y Criminología*. <https://biblioteca.mpf.gov.ar/meran/opac-detail.pl?id1=51190>

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.

La necesidad de cumplimiento de la reparación integral en casos de violencia intrafamiliar desde el Código Orgánico Integral Penal en Ecuador

The need for compliance with comprehensive reparation in cases of domestic violence from the Comprehensive Organic Criminal Code in Ecuador

Ivonne Magdalena Enríquez Palate*,¹

Universidad Andina Simón Bolívar (Quito, Ecuador)

ivonne.enriquez@funcionjudicial.gob.ec

<https://orcid.org/0009-0008-5443-2016>

Recibido: 25/08/2024

Aceptado: 10/12/2024

Publicación online: 18/12/2024

*Autora corresponsal

¹Magister en Derecho Constitucional

Cómo citar este trabajo



Enríquez Palate, I. M. (2024). La necesidad de cumplimiento de la reparación integral en casos de violencia intrafamiliar desde el Código Orgánico Integral Penal en Ecuador. *Chornancap Revista Jurídica*, 2(2), 47-66. <https://doi.org/10.61542/rjch.103>

RESUMEN

La violencia intrafamiliar, vinculada históricamente a factores sociales como el patriarcado, ha sido reconocida en Ecuador como una problemática relevante dentro del ámbito constitucional y penal, especialmente en el artículo 159° del Código Orgánico Integral Penal (COIP), que regula la violencia contra la mujer y los miembros del núcleo familiar, abordando agresiones psicológicas, sexuales y físicas que afectan gravemente la calidad de vida de las víctimas. Este artículo analiza la adecuación de la reparación integral en los procedimientos de violencia intrafamiliar a partir del COIP, utilizando una metodología de revisión doctrinaria y jurisprudencial. Se destacan las medidas de reparación, como la indemnización económica y la terapia psicológica, incluidas en las sentencias, aunque se observa que el alcance de dichas medidas aún es objeto de debate en Ecuador. Este estudio busca contribuir al análisis crítico sobre la efectividad de estas herramientas legales para garantizar la restitución de los derechos de las víctimas.

Palabras clave: Familia, Violencia intrafamiliar, Reparación integral, Víctima, COIP.

ABSTRACT

Domestic violence, historically linked to social factors such as patriarchy, has been recognized in Ecuador as a relevant problem within the constitutional and criminal sphere, especially in Article 159° of the Comprehensive Organic Criminal Code (COIP), which regulates violence against women and members of the family, addressing psychological, sexual and physical aggressions that seriously affect the quality of life of the victims. This article analyzes the adequacy of comprehensive reparation in domestic violence proceedings based on the COIP, using a methodology of doctrinal and jurisprudential review. It highlights reparation measures, such as economic compensation and psychological therapy, included in the sentences, although it is noted that the scope of such measures is still under debate in Ecuador. This study seeks to contribute to the critical analysis of the effectiveness of these legal tools to guarantee the restitution of victims' rights.

Keywords: Family, Domestic violence, Integral reparation, Victim, COIP.

Introducción

De acuerdo a lo dicho por Ortega Pérez & Peraza de Aparicio (2021), desde tiempos antiguos, la familia se considera el núcleo fundamental de la sociedad, y se la reconoce por su naturaleza, sus aportes y su capacidad funcional que son pilar clave para el desarrollo económico y social, pero también abarca un ámbito ideológico y cultural, en el cual el machismo se ha tornado imperante, ya que la mujer ha sido maltratada como parte de un sistema social principalmente latino.

También según lo dicho por Jaramillo-Rambay et al. (2022), la organización familiar puede ser de varios tipos incluyendo la de tipo patriarcal donde la autoridad es ejercida por el padre, matriarcal cuando la autoridad la ejerce la madre y de tipo igualitaria cuando hay autoridad de padre y madre, así como puede ser patrilineal donde únicamente los miembros hombres pueden heredar, matrilineal donde solo a los miembros femeninos de la familia se puede heredar y bilineal donde todos los miembros familiares pueden ser aptos de transmitir la pertenencia.

Entre los diversos tipos de familia, la violencia intrafamiliar se articula sobre todo de parte de quien se considera más fuerte (por lo general el padre o figura masculina en la sociedad Ecuatoriana) hacia los más vulnerables como el caso de la mujer, madre, hijas, lo que se concibe como un delito que incluye la agresión o daños a un miembro del hogar, dicho delito se ha dado por años y se ha prolongado en el Ecuador, por lo que se vive en una crisis de valores, lo que da como resultado que las personas tengan instinto de superioridad sobre otras, dañando así a los miembros de su entorno más cercano y con incidencia directa a la sociedad (Campos-Sandoval, 2024).

Por lo tanto, cuando se habla de la violencia intrafamiliar se considera una problemática social antigua, ya que existen investigaciones tanto históricas como modernas basadas en esta

temática en cuestión, donde se considera a la violencia intrafamiliar como aquel fenómeno que plantea el conflicto en el individuo al ser un ente social por naturaleza, siendo más tolerada en tiempos ancestrales, donde incluso parecía ser un elemento adherido a la vida en familia (Mayor Walton & Salazar Pérez, 2019). Desde décadas atrás se percibía el problema de violencia como una problemática social amplia, y como característica clave está el uso de la fuerza tanto física como psicológica como un aspecto de poder económico, social, sexual.

Lo anterior identifica que, la violencia al núcleo familiar es un problema que alarma a la sociedad, pues la familia es la parte medular de la sociedad, reconociendo su esencia, así como su aporte prioritario en el desarrollo económico y social de toda nación, además cabe destacar que una de las practicas que se suelen presentar continuamente hasta la actualidad es el machismo que impera aún en la sociedad, en el cual la mujer suele ser vista como inferior al hombre, y se la suele maltratar ya sea por la pareja, esposo, conviviente, o incluso por alguna figura paterna, por eso es importante entender que, cuando una mujer ha sido víctima de violencia intrafamiliar, no solo basta con otorgarle una reparación integral económica sino que se ha de velar por cumplir una reparación en el ámbito de salud mental (Aguirre Castro & Alarcón Peña, 2018), pues debido a estos acontecimientos puede darse en la persona problemas como estrés postraumático, ansiedad, depresión, intentos de suicidio, situaciones que podrían tratarse o mitigarse al ofrecer una reparación integral psicológica a la víctima y velar por su cumplimiento.

Incluso se sabe que, dependiendo del tipo de daño podrían generarse problemas que pueden agredir la integridad psicológica y sexual de la víctima y en otros casos también se puede experimentar situaciones de abuso económico, que son casos no aislados pero que no pueden ser medidos por su nivel de subjetividad, tampoco se puede repararlos en su totalidad, por ello se plantea la necesidad de incluir un mecanismo de reparación que como su nombre lo indica sea integral (Berni, 2018), es decir no únicamente se fomente la indemnización monetaria para la víctima sino que también se articule la necesidad de mitigar los efectos dañinos el ámbito psicológico.

Es de esta forma como en el Ecuador, existen normas tanto a nivel nacional como internacional que amparan a la víctima de violencia intrafamiliar, de acuerdo a Granda Torres & Herrera Abraham (2020), en cuanto a lo que tiene que ver con la reparación integral se reconoce de forma internacional por medio de principios asociados por la Corte Penal Internacional y de acuerdo a los principios del derecho internacional en cuanto a derechos humanos, como los principios fundamentales de la ONU, Principios para la Víctimas, Conjunto de Principios para la Protección, Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura y la Convención Interamericana de Derechos Humanos, Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura y otras.

De este modo, con la reparación integral hay una intervención para lograr apalear los sucesos de violencia sufridos en el pasado y prevenir futuros problemas de revictimización, en el pasado debido a que son los momentos donde se produjeron la violencia y se ha de repararlos con una indemnización justa.

Así también se conoce que, la Convención Americana de Derechos Humanos cuya suscripción fue en Costa Rica en 1969, en su artículo 63 numeral 1, define que: En el instante cuando se verifique que hubo violación de un derecho o una libertad, será la Corte la institución que tome garantía para brindar al agredido el pleno goce de derechos o libertades. Además, en casos donde procede se pueden hacer que las consecuencias de esta situación se configuren en relación a la vulneración de derechos, a partir del pago de una indemnización económica a quien ha sido agredido (Organización de Estados Americanos [OEA], 1969).

Si bien, una de las prioridades de la legislación ecuatoriana es brindar atención integral a la víctima del delito y su entorno familiar a través de mecanismos del Ministerio de Salud, la Defensoría Pública y la Fiscalía, sin embargo, suele no siempre darse una reparación en conjunto anteponiendo el campo tangible y también devolviendo la tranquilidad a la víctima (Ortega Pérez & Peraza de Aparicio, 2021), también se deben considerar aspectos como la falta de técnicas que permitan que el victimario cumpla con la sanción reparatoria y la falta de asistencia técnica efectiva para con la víctima. Estos factores hacen que la reparación completa del daño resulte un tema aún aislado, lo que a todas luces resulta en una vulneración de derechos humanos, a partir de la Constitución del Ecuador de 2008, en su artículo 78 se hace énfasis en que bajo ningún motivo se ejecutará la revictimización de la persona agredida en el delito, en cuanto a las acciones procesales, y se ha de garantizar su protección contra amenazas o intimidación donde se requiera que los derechos sean restituidos, evitando que “77 de cada 100 mujeres con estado civil separadas [se]an víctimas de violencia intrafamiliar” (Fiscalía General del Estado de Ecuador, 2020, p. 4)

En tal sentido, este trabajo se centra en responder si la reparación integral a las víctimas de violencia intrafamiliar debe incluir tanto medidas económicas como psicológicas para garantizar su efectividad. Para lo cual, se examinan los fundamentos doctrinarios y jurídicos aplicables en Ecuador, utilizando una metodología descriptiva basada en la revisión de literatura científica, con fuentes que incluyen libros y artículos indexados de alta calidad. Además, se emplean técnicas investigativas como la observación y el análisis-síntesis, considerando aspectos esenciales de la reparación integral y su implementación en un contexto sociocultural marcado por el patriarcado, una tradición profundamente arraigada que contribuye a perpetuar la violencia intrafamiliar. En este marco, se plantea como hipótesis que la reparación integral efectiva en estos casos debe comprender tanto compensaciones económicas como apoyo psicológico.

1. La violencia intrafamiliar

A lo largo de la historia, las mujeres han tenido una tendencia a asumir, imposibilitadas de realizar sus derechos humanos y la igualdad de género, "si bien las diferentes corrientes feministas comparten la idea de que nuestras sociedades son patriarcales, son diferentes para entender la opresión y la asunción de la experiencia de las mujeres y las estrategias políticas utilizadas" (Jaramillo, 2018, p. 121). En cuanto al feminicidio, es una manifestación de violencia extrema contra la mujer. En América Latina, el problema comenzó en la década de 1990, cuando "la muerte de miles de mujeres en Ciudad Juárez centró la atención internacional sobre el peligro de muerte, mientras diversos estudios hechos en nuestro continente nos han permitido entender mejor este problema" (Carcedo & Ordóñez Laclé, 2011, p. 87). Desde entonces, el feminismo nació en Sudáfrica gracias a Diana Russell, luego de que hubo un esfuerzo por denunciar y llamar la atención sobre el asesinato de mujeres por violencia masculina, en 1976, en el Tribunal Internacional de Crímenes contra la Mujer, celebrado en 1976. Bruselas, aquí es donde Russell planteó el concepto, desde ello es que se ratifica la necesidad de erradicar o mitigar el femicidio.

Así, por ejemplo, para Sierra et al. (2006), "la igualdad, la libertad y la ciudadanía, como categoría que caracteriza a la modernidad, pero que, sin eliminar las desigualdades y las excepciones, las regula como excepciones a la misma" (p. 88); es decir, cuando se habla de igualdad social, está motivado por los postulados actuales, pero en el caso donde hay desigualdad es cuando hay un tirón no sólo hacia la historia, sino también hacia los derechos humanos, considerados ideales y la creación correctiva de un mundo de discriminación persistente, típico de las últimas décadas; principalmente para el género femenino, frente a la lucha de un mundo excluyente donde los principios de las mujeres han sido y han sido despreciados, por los orígenes, mitos, creencias y desigualdades de clase y género, hoy las leyes nacionales del Ecuador lo proclaman como un proceso de cambio continuo, promulgando el universalismo, amparados por los derechos internacionales.

Para profundizar en este tema, se considera que, la violencia es cualquier agresión física, psicológica o sexual que ocurre en el ámbito familiar, ya sea por parte del padre o de la madre o por algún miembro del núcleo familiar (Junco Aráuz, 2016), es decir es aquel daño que se produce desde una persona de la unidad familiar a otro conviviente.

La violencia intrafamiliar se evidencia como una realidad ecuatoriana que ha llevado a replantearse sobre la necesidad de protección a los grupos vulnerables como son las mujeres y niños, pero principalmente son las mujeres las que han sido víctimas de esta problemática social, debido a prácticas y tradiciones machistas impuestas por el patriarcado desde décadas atrás.

Sin embargo, es gracias a la actual Constitución del Ecuador, donde ha sido posible visualizar que “la misma atención prioritaria recibirán las personas de situación de riesgo, las víctimas de violencia doméstica y sexual, maltrato infantil, desastres naturales o antropogénicos” (art. 35). La Constitución del Ecuador establece que el sistema procesal será una fuente de justicia, lo cual tiene un gran valor en un Estado Constitucional de Derechos y Justicia Social que es el Ecuador, de acuerdo con nuestra Constitución. Asimismo, debemos tener en cuenta que el derecho fundamental del Estado es respetar y proteger los derechos humanos, por lo tanto, es sumamente importante un proceso debido a la inocencia del procesado y que, en consecuencia, se le juzgue con todas las garantías, derechos y principios; claro está que lo que se pretende concluir con este proyecto es evaluar si realmente el procedimiento abreviado está siendo efectivo para mejorar y satisfacer las demandas del proceso penal.

1.1. Ordenamiento jurídico internacional sobre violencia intrafamiliar

Se conoce que, al realizar su declaración acerca de los principios clave de la justicia para víctimas de delitos de violencia, Naciones Unidas (2005) indica que:

(...) se entiende por "víctimas" las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder. (A.1)

De esta manera, el actuar de los diferentes operadores de justicia disponen de Instrumentos Internacionales como el caso de lo dicho por la Convención Belén Do Para en la Constitución de la República del Ecuador, el Código Orgánico Integral Penal, para prevenir la tolerancia, o la omisión de lineamientos en contra de la violencia a la mujer del Ecuador, donde se ha de dar el correspondiente apoyo a víctimas de violencia intrafamiliar (Organización de los Estados Americanos [OEA], 1994).

Adicionalmente al tratarse de Derechos Humanos en el Ecuador, es usual que los propios actores de justicia se encuentren en amparo de la Convención sobre la eliminación de las diversas formas de discriminación en contra de la mujer de las Naciones Unidas (1979), cuyo artículo 2 afirma que es responsabilidad de los Estados parte la condena de la discriminación en contra de la mujer en todas sus formas, evitando dilaciones, con políticas que se dirijan a la eliminación de la discriminación en contra de la mujer. Se hace énfasis en la necesidad de adopción de medidas pertinentes y sanciones en casos de violencia, y se habla también sobre la necesidad de contar con una protección jurídica integral para el cumplimiento de derechos.

1.2. Ordenamiento jurídico nacional sobre la víctima y violencia intrafamiliar

En vista de que el Ecuador es un país soberano y democrático, teniendo como principal normativa jurídica y de derechos a la Constitución del Ecuador (2008) se determina la necesidad de proteger a la víctima y brindarle la garantía de que no será revictimizada además se añade la garantía de la reparación integral, para ello es necesario identificar que la persona que ha sufrido violencia intrafamiliar está dentro del grupo de atención prioritaria, y por lo tanto el Estado debe atenderla, tal como lo dice la Constitución del Ecuador (2008):

Las personas adultas mayores, niñas, niños y adolescentes, mujeres embarazadas, personas con discapacidad, personas privadas de libertad y quienes adolezcan de enfermedades catastróficas o de alta complejidad, recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado. La misma atención prioritaria recibirán las personas en situación de riesgo, *las víctimas de violencia doméstica y sexual*, maltrato infantil, desastres naturales o antropogénicos. El Estado prestará especial protección a las personas en condición de doble vulnerabilidad. (Art. 35)

Adicionalmente, para lograr efectivizar lo dispuesto en la misma Constitución ecuatoriana de 2008, se define lo siguiente:

La ley establecerá procedimientos especiales y expeditos para el juzgamiento y sanción de los delitos de violencia intrafamiliar, sexual, crímenes de odio y los que se cometan contra niñas, niños, adolescentes, jóvenes, personas con discapacidad, adultas mayores y personas que, por sus particularidades, requieren una mayor protección. Se nombrarán fiscales y defensoras o defensores especializados para el tratamiento de estas causas, de acuerdo con la ley. (Art. 81)

Es decir que, se ha de incluir una legislación oportuna, eficiente y veras para lograr tanto el juzgar como sancionar a los agresores que han cometido violencia intrafamiliar de cualquier tipo, y los que se cometan ante otros grupos considerados prioritarios como es los infantes, adolescentes, personas con discapacidad, adultos mayores, porque el Estado los considera como de atención prioritaria.

Por otra parte, Benavides Benalcázar (2013) descifra quienes son las víctimas:

Las víctimas de la comisión de un delito (...) son aquellas que han sufrido un daño, una lesión física o mental, sufrimiento emocional o menoscabo de sus derechos fundamentales, como consecuencia de una acción u omisión que viole la ley penal, la Constitución de la República, los tratados y convenios internacionales y la ley, les garantiza el acceso a la justicia y un trato

justo, respetando siempre su dignidad humana, para lo cual, es necesario que se activen los mecanismos judiciales que se encuentran establecidos en el derecho procesal penal, que les permita obtener la reparación integral de sus derechos violentados y que deben ser garantizados por los jueces y tribunales competentes. (p. 5)

Es decir que, la víctima en el proceso jurídico del Ecuador es a quien se le ha arrebatado los derechos, teniendo como fundamental la idea de que sus derechos humanos han sido conculcados y sus libertades no han podido gozarse y ejercerse, motivo por el cual, el Estado tiene la obligación de brindar la garantía por dichas agresiones a los derechos, para ser resarcidas de manera eficaz de tal manera que allí es donde se origina la reparación integral como uno de los derechos indispensables para estas víctimas.

De acuerdo a lo establecido en el Código Orgánico Integral Penal [COIP] (2014), en su artículo 441 hace énfasis en la víctima como la persona que ha padecido ciertos daños de forma ya sea directa o indirecta, donde se incluyen aspectos como agravios físicos, psicológicos y sexuales, u otro tipo de agresión. Es así que, hay el reconocimiento a las víctimas de personas que convivieron con la pareja y padecieron de algún tipo de daño o agresión, en casos de socios o accionistas empresariales que haya sido afectadas por infracciones, así como empleados públicos, estatales, nacionalidades y comunidades.

Adicionalmente, en los artículos del 156 al 158 del COIP (2014) se describen los distintos tipos de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar:

- **Violencia física contra la mujer o miembros de la unidad familiar.**- La persona que cause daño como manifestación de violencia contra la mujer o miembros de la familia será sancionada con las mismas penas previstas para el delito de lesiones, aumentadas en un tercio (art. 156).
- **Violencia psicológica.**- Si se encuentra moderadamente afectado en cualquiera de los ámbitos de su funcionamiento personal, académico, familiar o social que interfiera en cualquiera de sus actividades diarias y por tanto requiera tratamiento especializado en salud mental, se le impondrá la pena de prisión de seis meses a un año. (art. 157). Si esto causa daños psicológicos graves, que ni siquiera con atención especializada pueden repararse, se les castiga con prisión de uno a tres años.
- **Violencia sexual contra la mujer y miembros del núcleo familiar.**- la persona que, como manifestación de violencia contra una mujer o un miembro del núcleo familiar, se impone a otra y se la obliga a mantener relaciones sexuales u otras prácticas similares se castigan con las penas previstas para los delitos contra la integridad sexual y reproductiva (art. 158).

Adicionalmente, en el art. 570°, se define las reglas claras acerca de la competencia de los actores de intervención de tal forma que la víctima pueda acogerse al llamado Sistema Nacional de Protección y Asistencia de la Víctima. Así también dentro del art. 643, se definen las normas para lograr que el juzgamiento sea de tipo penal al tratarse de violencia en contra de la mujer, en la cual se queda explícitas las competencias y acciones que se ha de ejecutar por el Estado y organismos adjuntos para dichos casos.

En cuanto a los derechos de las víctimas de violencia intrafamiliar, disponen de otros derechos bajo la figura de sujetos del proceso penal, tal como lo prevé el COIP (2014) en el art. 11, donde se habla acerca del derecho que tiene toda persona en el procedimiento penal, donde se detallan los doce numerales, sobre la acusación que se puede dar de manera particular, y que se han de garantizar las medidas de reparación desde el procesado hacia la víctima, debido a los agravios que ha padecido, esto ha de garantizarse en fiel cumplimiento por el Estado, para lograr resguardar los derechos de forma integral.

Por otra parte, las víctimas de violencia intrafamiliar disponen de su derecho a la intimidad con el fin de proteger su dignidad, es decir que, en todas las etapas del procedimiento penal, se ha de mantener la reserva de su información, de tal forma que, en el mismo cuerpo normativo se menciona que “son reservadas las audiencias sobre delitos contra la integridad sexual y reproductiva, violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar y contra la estructura del Estado constitucional” (COIP, 2014, art. 562).

A lo anterior, se añade el hecho de que la víctima de violencia intrafamiliar no ha de añadir más sufrimiento de lo vivido por la víctima, he ahí que, de acuerdo el art. 476 del COIP (2014) determina que:

Quedan prohibidas la interceptación, grabación y transcripción de comunicaciones que vulneren los derechos de los niños, niñas y adolescentes, especialmente en aquellos casos que generen la revictimización en infracciones de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar, sexual, física, sicológica y otros. (numeral 9)

Por otro lado, se destaca otro derecho hacia la víctima de violencia intrafamiliar, de tal forma que no se ha de reconocer fuero para que las vulneraciones hacia el cumplimiento de derechos sean sancionados con celeridad, con el fin de que la víctima tenga la atención oportuna, para ello no es posible incluir trámites superfluos que pueden ser impedimento para lograr la correcta atención a la víctima, sobre ello se habla en el Código Orgánico de la Función Judicial [COFJ] (2009), que indica “en los casos de violencia intrafamiliar no se reconoce fuero especial considerando el procedimiento expedito y la intervención oportuna necesaria” (art. 192).

De esta forma es que, la violencia intrafamiliar, al ser atendido en fiel cumplimiento de devolver los derechos humanos a la víctima por medio de la norma constitucional e infraconstitucional ha de fomentarse la tarea del Estado hacia la promoción y garantía del goce de derechos de las víctimas, principalmente en cuanto a la violencia en la familia se trata.

2. La reparación integral

La reparación integral se da como consecución de la vulneración de un derecho, por lo tanto se debe responsabilizar al agresor por ello, y esto a su vez afirma que toda persona que se afecte en sus derechos de manera ilegítima puede reclamar la reparación de tal daño (Aguirre Castro & Alarcón Peña, 2018).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ratifica que la reparación integral es el resultado de la aplicación del derecho consuetudinario y a su vez es parte de los principios fundamentales del derecho internacional en materia de responsabilidad estatal (Poveda Parra, 2018)

En este principio, las resoluciones emitidas por este órgano judicial autónomo de la Organización de Estados Americanos atacan a los Estados como vulneradores de los derechos humanos, utilizando mecanismos para brindar una compensación completa y efectiva a la víctima. Por lo tanto, la indemnización como derecho de la víctima está actualmente integrada en la mayoría de las legislaciones de todos los países. Consiste en el restablecimiento de cada uno de los derechos vulnerados con motivo de las actuaciones ilícitas, con medidas de retorsión coercitivas, encaminadas a eliminar las consecuencias de los daños sufridos por las violaciones cometidas. Sin embargo, en algunos casos, esto no se implementa efectivamente, dejando la realización de la *Restitutio in integrum* solo bajo tipificación pero no se ejecutan planes y políticas de acción concretos.

En este sentido, el artículo 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) establece que cuando se decide que efectivamente se ha producido una violación de un derecho, es necesario garantizar a quien sufrió el perjuicio que podría vincular a los derechos básicos. Esto debe hacerse sobre la base de una compensación, en el caso apropiado para estos efectos se debe reparar las consecuencias de la medida o situación que constituye la violación de estos derechos y el pago de una compensación con justicia hacia la parte lesionada.

Justamente fueron las resoluciones dadas por la Comisión de Derechos Humanos que al acogerse a mecanismos de reparación sobre la violación de un derecho base, se ha suscitado la propuesta de reparar la violación hacia los derechos humanos por medio de la restitución, indemnización, un proyecto de vida y satisfacción y garantía de no repetición (Van Boven, 1993).

Según lo indicado por la CADH y otros organismos como la Corte IDH, es posible verificar que, la reparación integral permite asegurar a la víctima que se le restablecerán sus derechos que fueron vulnerados, aquellos individuales dados por un país a todos sus habitantes a partir de la Constitución y normas anexas, por lo tanto, uno de ellos es la protección jurídica que han de brindar los administradores de justicia, siendo su responsabilidad la reparación de dichos derechos, no a nivel estatal sino personal, que han de estar tipificados en cada legislación de las naciones, aun cuando pueden darse casos donde la sanción de reparación se aplique de manera dual entre la OEA y el ordenamiento jurídico local del país, en el que se dio el cometimiento de la infracción, cuando se ha vulnerado el derecho humano y un derecho individual, donde la responsabilidad es tanto del estado como particular.

2.1. La reparación integral en el Ecuador

Según Loor Loor (2022), en el marco de la Constitución al tratarse de reparación integral por situaciones de afectación hacia un derecho que se contempla en la Constitución, se encuentra a su vez con diversas dificultades, pues se asume como una afectación que tiene como característica vulnerar un derecho directo afectando de manera directa a la víctima, por lo tanto amerita pensar en una reparación integral.

La reparación integral en Ecuador incluye modalidades individuales de reparación a partir de:

- La indemnización monetaria
- Restitución
- Rehabilitación

Adicionalmente, involucra una reparación colectiva que involucra medidas de satisfacción para motivar a las garantías de no repetición.

La Constitución de la República del Ecuador de 2008 marcó un cambio significativo en las garantías jurisdiccionales, superando las limitaciones de la Constitución de 1998. Entre los principales avances, destaca la redefinición de las garantías, que dejaron de ser exclusivamente cautelares para permitir a los jueces y juezas declarar la vulneración de derechos constitucionales y, a partir de ello, ordenar una reparación integral. Este cambio fortaleció el rol del juez constitucional como garante de la tutela judicial efectiva, una respuesta a las restricciones previas que impedían una protección adecuada de los derechos vulnerados.

En este contexto, dicha Constitución, específicamente en su artículo 86 numeral 3, establece la reparación integral como una consecuencia directa de la declaratoria de vulneración de derechos. Esta incluye medidas para restituir el derecho afectado, adoptar estándares

internacionales de derechos humanos, y aplicar principios como el *restitutio in integrum*. Además, el artículo 18 enfatiza que la reparación integral debe abarcar la restitución del derecho, la compensación económica, la rehabilitación de la víctima y la garantía de no repetición. También contempla medidas adicionales, como la investigación y sanción de los responsables, el reconocimiento público del daño causado, y la provisión de atención integral, incluida la salud.

Por otro lado, el artículo 78 de la misma carta fundamental garantiza una protección especial para las víctimas de infracciones penales, asegurando mecanismos que eviten su revictimización durante los procesos judiciales. Este artículo establece medidas para proteger a las víctimas frente a posibles amenazas, garantizar la verdad de los hechos, y promover la reparación integral a través de indemnizaciones y rehabilitación, fortaleciendo así el marco de justicia constitucional y la efectividad de las garantías de derechos en Ecuador.

Lo anterior indica que, el Estado ecuatoriano tiene como obligación la adopción de herramientas que ayuden a hacer efectiva la reparación integral en casos donde haya vulneración de derechos, según ello se define que la Constitución de la República ha de realizar un control a partir de la Fiscalía General del Estado como organismo rector del proceso jurídico penal, para garantizar el cumplimiento de la reparación integral de delitos penales incluyendo la violencia intrafamiliar, coadyuvando la creación de una cultura de paz.

El COIP (2014) establece, en su artículo 78, los mecanismos de reparación integral que incluyen restitución, rehabilitación, indemnización, medidas de satisfacción y garantías de no repetición. Por su parte, el Código de la Niñez y Adolescencia (2003), también contempla estos mecanismos, con un enfoque particular en niños y adolescentes, quienes suelen ser víctimas frecuentes de violencia intrafamiliar. En estos casos, la reparación integral abarca tanto la restitución de la situación previa al hecho como la compensación de daños materiales mediante indemnización económica y la reparación de daños inmateriales mediante atención psicológica, garantizando una respuesta integral ante las vulneraciones sufridas.

La normativa refleja la necesidad de ajustar los mecanismos de reparación a las particularidades de cada caso, especialmente cuando se trata de determinar indemnizaciones. Sin embargo, la falta de pruebas suficientes en algunos procesos obliga a los jueces a recurrir a normativas complementarias para garantizar una reparación adecuada y efectiva, conforme a los principios establecidos.

3. El escenario actual en el Ecuador con respecto a la violencia intrafamiliar

Hay que entender que, dicho sistema patriarcal ha considerado que, en el Ecuador, existan altos índices de violencia intrafamiliar, sobre todo en la ruralidad, y se mantiene con creencias

ancestrales de que la mujer ha de obedecer fielmente al hombre, e incluso se le autoriza a ejercer daño sobre ella, vulnerando los derechos humanos fundamentales como la dignidad y libertad de expresión (Hernández Luis et al., 2017).

La gravedad de la violencia intrafamiliar en la sociedad ecuatoriana es un factor con diversos tentáculos ya que esta podría causar daños al integrar un nuevo núcleo familiar, así como estos daños no son susceptibles en muchos casos hacia una adecuada reparación, por esto es que la legislación del Ecuador tiene como posibilidad una resolución de tipo sancionatoria, que dispone los aspectos de reparación hacia los daños que se originan por motivo de violencia intrafamiliar. En este ámbito, Villegas (2021), coincide que hay tres tipos de daños principales producto de los cuales se genera la violencia intrafamiliar, entre los que se encuentra el daño psicológico, donde se busca ejercer el control en las personas del entorno, y a partir de ello se producen sucesos como amenazas, manipulación, humillación y denigración a la víctima, lo que puede producir daños irreversibles en su psiquis, añadiendo a ello el daño físico.

A lo anterior, se añade el daño sexual, en el que la víctima es obligada a mantener contacto sexual con el agresor, ya sea con uso de la fuerza o intimidación. A ello, Villegas (2021) ratifica que, en el Ecuador la información estadística sobre este tipo de agresión hacia la pareja o expareja es extremo. Por ejemplo, se observó que, en la ciudad de Quito se atendió a 29.833 emergencias por violencia intrafamiliar, siendo que el año pasado ingresaron 23.341 casos. Además, en el 62.26% de casos compete a maltrato psicológico, el 27.45% corresponde a violencia intrafamiliar, el 10.11% a agresiones de tipo físico y el 0.18% a relaciones sexuales sin consentimiento (ECU911, 2023).

En esta instancia, es importante agregar que, el daño sexual causado por este tipo de violencia, en la que el agresor utiliza la fuerza para realizar el acto sexual sin el consentimiento de la víctima, es en la mayoría de casos, cometido por un miembro de la familia contra cualquier otro miembro de la familia (Cueva Carrión, 2015). Es decir, este tipo de violencia también puede darse entre cónyuges; aunque en las definiciones descritas anteriormente no se hace distinción y se entiende claramente que los cónyuges también están incluidos como potenciales agresores y víctimas de abuso sexual causado por violencia doméstica en el hogar. Sin embargo, el foco está en esta parte de la investigación porque el mayor porcentaje de quienes sufren este tipo de violencia doméstica son mujeres cuando son obligadas por su marido a tener relaciones sexuales, pero las cifras reales de estos abusos no se pueden reflejar en los datos.

Por lo tanto, es difícil entender que actualmente en algunos sectores del Ecuador todavía exista una percepción errónea y retrógrada de que cuando una mujer se casa y declara que lo acepta como hombre, está incluido su consentimiento para tener relaciones sexuales con ella cuando él quiera, quiere estar seguro, porque antiguamente se creía que en el matrimonio el

marido tenía control sobre la vida de su esposa, por lo que no podemos quejarnos en este sentido, esta forma de pensar arcaica y antigua ha creado una idea errónea de que la violencia sexual contra mujeres casadas.

El Ecuador, al ser un país soberano y democrático de derechos, en su actual Constitución, determina que “el Estado está comprometido con la protección de la familia, porque reconoce su importancia para la sociedad, por tanto, manifiesta las posibilidades y derechos del corazón de la familia y de cada uno de sus miembros” (art. 67). Es decir, el Estado, a través de políticas públicas y sociales, garantiza la protección de los derechos de los familiares; sin embargo, debido a muchos factores, esta célula básica de la sociedad en ocasiones se desintegra, a partir de circunstancias tales como la violencia doméstica, que causa a la víctima daño psicológico, daño o sufrimiento físico como peligro o menoscabo de la integridad corporal de una persona, daño o sufrimiento sexual y daño material, en definitiva, daño material e inmaterial.

Es importante apreciar el trabajo realizado en la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, donde Blacio Pereira (2013), conceptualiza la violencia intrafamiliar y afirma que una de las maneras más comunes de violencia es la violencia intrafamiliar, la cual se puede dar entre personas con un nexo de parentesco sanguíneo y/o afectivo, donde se define que normalmente esta ocurre dentro del hogar, por lo cual también se suele llamar violencia doméstica.

Sin embargo, a forma de reflexión se mira que todavía queda mucho por hacer en el ámbito de resguardo a las víctimas de violencia intrafamiliar en el Ecuador, ya que indudablemente se necesita que el Estado y las instituciones del poder judicial realicen un seguimiento para que se cumpla la reparación integral a las víctimas de violencia intrafamiliar en el Ecuador, no únicamente en el aspecto económico sino también brindándoles un seguimiento con especialistas en el ámbito pedagógico para afrontar sus temores y sus problemas psicológicos ocasionados por los eventos sufridos en el entorno de agresión ya sea física, verbal, psicológica, económica.

4. Sobre la necesidad de cumplimiento de la reparación integral en casos de violencia intrafamiliar en el Ecuador con enfoque en la reparación intangible

En el ámbito latino, autores como Mayor Walton & Salazar Pérez (2019), afirman que en países como Colombia se definen los derechos de igualdad entre hombres y mujeres, que se contemplan en su legislación vigente según las leyes 599 y 600 del año 200, y en el artículo 1542 del Código Penal del 2012. En países como Bolivia ha entrado en vigencia la Ley 1674 en contra de la violencia a la familia, con la cual se da protección jurídica a la víctima de violencia en el entorno familiar.

También en países como el Perú, hoy se conoce que es uno de los países con elevados índices de violencia en contra de la mujer en el núcleo familiar, para lo cual se creó Centros de Emergencia Mujer (CEM), del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, con el fin de identificar los casos de violencia sexual ocurridos en los últimos tiempos (Mayor Walton & Salazar Pérez, 2019).

A partir de lo expresado, en el Ecuador a lo largo del tiempo, se ha perpetrado el abuso y violencia de género, lo que constituye en un problema social que alerta al país, pero el problema es un proceso sistemático que se manifiesta con la violencia psicológica principalmente, después de ello se articula la violencia física y sexual por maltratos y violaciones, lo que puede incidir en la muerte de la víctima. Es así que, según la Fundación ALDEA (2018), cada tres días se reportaba para aquel entonces un caso de femicidio. En la actualidad, la situación es más grave porque se reportaron que hasta el 31 de mayo de 2024, se ha producido 108 femicidios, llegando a un total de 1812, desde el 2014 (Fundación ALDEA, 2024).

De este modo, si bien, la tipificación en el COIP del femicidio ha sido un mecanismo en contra del crimen y la impunidad, todavía se observa que por lo menos el 63% de casos el femicida tuvo un vínculo directo sentimental y perteneció al círculo familiar de la víctima (Ortega Pérez & Peraza de Aparicio, 2021).

Se enfatiza en el artículo 78 del COIP (2014) donde se definen los mecanismos de reparación integral como aquellas formas de no exclusión de la reparación tanto individual como colectiva, donde se habla de la necesidad de restitución, teniendo en cuenta que esta se aplica en casos de: 1. el restablecer la libertad, vida en familia, ciudadanía, nacionalidad, retorno al país, recuperación de empleo, y restablecimiento de derechos políticos. Pero se hace mucho más énfasis en el inciso 2 del artículo 78 del mismo marco normativo donde se define que “la rehabilitación se orienta a la recuperación de la persona a través de la atención médica y psicológica, además de la garantía de prestación de servicios jurídicos y sociales para tales fines”.

Es en este punto, donde se requiere un análisis más puntual, ya que, en Ecuador si bien la violencia intrafamiliar es un problema muy grave que aqueja a la sociedad en general, principalmente a mujeres y niños, la reparación integral se observa como una herramienta que ayuda a garantizar la justicia y el restablecimiento de los derechos a las víctimas, sin embargo, dicho proceso no siempre se cumple, porque hay aspectos de la reparación integral que como se ha visto abarca la restitución de derechos a partir de la compensación económica, la rehabilitación física y psicológica de la víctima y la garantía de no repetición, pero no siempre esto se cumple, principalmente en lo que compete a la restitución intangible (psicológica), debido a que:

1. **Existe tardanza en la terapia psicológica para la víctima.**- Ya que aun cuando estas tienen el derecho de recibir terapia psicológica oportuna como parte de la restitución de sus derechos, en muchos casos no se la brinda de forma continua, o los operadores de justicia no designan de una vez en la sentencia el sitio específico o el profesional que atenderá a la víctima, lo que no permite la recuperación del trauma, muchas víctimas incluso se encuentran en lista de espera por falta de recursos económicos o porque el servicio público de terapias psicológicas está colapsado.
2. **Falta de celeridad en el proceso judicial.**- En ciertos casos, el sistema judicial no ha procesado de forma efectiva los casos de violencia intrafamiliar, lo cual hace que las víctimas no reciban acompañamiento ni tengan la correspondiente reparación de los daños que han padecido, así como también se pueden dar tardanzas en resolver los casos, falta de direccionamiento y diligencia de las autoridades
3. **Poca o nula protección a la víctima.**- La protección a la víctima, al ser un ámbito inherente a la reparación integral, para la seguridad de quien ha padecido de violencia intrafamiliar, en muchos casos la víctima todavía continúa siendo expuesta a agresiones, aun cuando se ha dado ya un inicio de proceso judicial, porque no hay medidas de protección oportunas como el hecho de incluir a la víctima en casas de acogida hasta que el proceso judicial penal llegue a su fin, lo que la hace vulnerable a una revictimización
4. **Impunidad en casos de violencia intrafamiliar.**- Aun cuando hay leyes que sancionan los actos de violencia intrafamiliar, no siempre se gestionan investigaciones pertinentes por los operadores de justicia, muchos de los casos quedan en archivo o se anulan, dejando en indefensión a la víctima, y además no gestionando una reparación integral oportuna.
5. **Falta de sensibilidad y capacitación de los operadores de justicia al respecto.**- Las autoridades que se encargan de dar garantía de cumplimiento de la reparación integral a la víctima de violencia intrafamiliar, suelen no tener claro la gravedad del asunto, lo que genera falta de empatía y comprensión a la víctima, lo que enfatiza en que no se ha dado el cumplimiento completamente de la reparación integral a estas víctimas.

En la actualidad el Ecuador ha incursionado en la protección de víctimas de violencia intrafamiliar con la Ley Orgánica Integral para Prevenir y Erradicar la Violencia de Género contra las Mujeres, pero dicha implementación todavía es un desafío en el campo práctico, por aspectos como la burocracia, falta de recursos en el sistema judicial, y celeridad en dichos procesos, así como por los prejuicios culturales de una sociedad ecuatoriana que todavía se deja llevar por el patriarcado.

En definitiva, a pesar de la necesidad de cumplimiento de la reparación integral, tanto en el ámbito económico, físico y psicológico, se observa que principalmente este último aspecto

psicológico es relegado de los procesos penales en el Ecuador por las razones antes expuestas, teniendo en cuenta que la reparación intangible debe abarcar la reparación emocional, protección efectiva y acompañamiento adecuado en todo el proceso.

Conclusiones

Una vez que se ha analizado la figura jurídica de reparación integral, a partir del enfoque desde la violencia intrafamiliar tipificada por organismos internacionales y en la normativa interna del Ecuador como un delito, se concluye que, la reparación integral es un mecanismo reconocido desde la CIDH como norma internacional y a nivel nacional por la Constitución de la República del Ecuador, Tratados y Convenios Internacionales de Derechos Humanos ratificados por el Estado, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales, COIP, entre otras normas infra constitucionales.

Se observó que la reparación integral de forma general se anticipa como un mecanismo que permite resarcir o reparar daños que se han cometido al vulnerar ciertos derechos de las víctimas, en este caso de violencia intrafamiliar, de tal forma que sea posible reparar su salud física como psicológica y económica, por daños a la persona y dignidad, debido al daño generado a nivel físico, psicológico, económico dado por el agresor.

Es así que, si bien en el marco normativo del Ecuador se tipifica en el COIP la violencia intrafamiliar que se hace referencia a los delitos que se comenten contra la mujer o miembros del núcleo familiar en sus artículos 156, 157 y 158, donde se definen los tipos de violencia como son la física, psicológica y sexual.

Si bien, la reparación integral es parte del artículo 18 de la Constitución y se la nombra en el COIP como medida adjunta a la privación de libertad en casos penales como es el de la violencia intrafamiliar, sin embargo, se puede ver que en la práctica todavía siguen en aumento las cifras de víctimas de este tipo de violencia que por lo general se comete por un miembro de la misma familia, a lo cual se alude la necesidad de fomento de políticas de vigilancia y control más personalizadas para que estos casos no recrudezcan la paz del país y de las familias ecuatorianas, lo cierto es que hace falta mayor celeridad y efectividad en los procesos penales para los agresores, pero sobre todo hace falta el cumplimiento de la reparación tangible e intangible de las víctimas, lo que debe ser una responsabilidad inherente de los operadores de justicia.

Finalmente, se comprueba que la reparación integral en casos de violencia intrafamiliar para que sea efectiva debe fomentarse su aplicación en la restitución de derechos a partir de la indemnización monetaria pero también en cuanto a la terapia psicológica para la víctima quien pudo haber sufrido problemas de estrés postraumático, depresión, ansiedad, baja autoestima, propios del padecimiento de las agresiones físicas, verbales, psicológicas recibidas, algo que no

puede dejarse pasar por alto, como una necesidad vital del cumplimiento de la reparación integral en casos de violencia intrafamiliar en el Ecuador, efectivizando lo dicho desde la Constitución del Ecuador sobre la reparación integral en su artículo 18 como un mecanismo de restitución de derechos y aplicando completamente los elementos de la reparación integral para víctimas de violencia intrafamiliar según lo dicho en el COIP.

Referencias

- Aguirre Castro, P., & Alarcón Peña, P. (2018). El estándar de la reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. *FORO. Revista de Derecho*, 30, 121-143. <https://doi.org/10.32719/26312484.2018.30.8>
- Benavides Benalcázar, M. (2013). El Derecho a la Defensa en la Acción Penal. *Revista Ensayos Penales*, 1, 3-7. https://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/revistas_penales/Revistaprimeraedicion.pdf
- Berni, M. P. (2018). Estratuvismo social machista en Ecuador. Violencia de género, femicidio. *Revista Conrado*, 14(61), 111-115. <https://conrado.ucf.edu.cu/index.php/conrado/article/view/619>
- Blacio Pereira, L. (2013). La Violencia Contra la Mujer, una Realidad. *Revista Ensayos Penales*, 1, 8-15. https://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/revistas_penales/Revistaprimeraedicion.pdf
- Campos-Sandoval, E. (2024). La Reparación Integral a Favor de las Víctimas en Delito de Violencia Intrafamiliar, en el Sistema Penal Ecuatoriano. *593 Digital Publisher CEIT*, 9(1), 618-635. <https://doi.org/10.33386/593dp.2024.1.2226>
- Carcedo, A., & Ordóñez Laclé, C. (2011). *Femicidio en Ecuador*. Comisión de transición hacia el consejo de las mujeres y la igualdad de género. <http://repositorio.iaen.edu.ec/handle/24000/4436>
- Código de la Niñez y Adolescencia. (2003). <https://www.gob.ec/regulaciones/codigo-ninez-adolescencia>
- Código Orgánico de la Función Judicial [COFJ]. (2009). <https://www.funcionjudicial.gob.ec/normativa/>
- Código Orgánico Integral Penal [COIP]. (2014). https://www.defensa.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2018/03/COIP_feb2018.pdf
- Cueva Carrión, L. (2015). *Reparación integral y daño al proyecto de vida: Con especial referencia al COIP*. Ediciones Cueva Carrión.

- ECU911. (2023, abril 17). *En Quito, se atendieron 29.833 emergencias por violencia intrafamiliar*. <https://www.ecu911.gob.ec/en-quito-se-atendieron-29-833-emergencias-por-violencia-intrafamiliar/>
- Fiscalía General del Estado de Ecuador. (2020). *Análisis de la violencia de género*. <https://economia.epn.edu.ec/images/ARCHIVOS/POLI SIN VIOLENCIA/Analisis violencia de genero mayo2021v2.pdf>
- Fundación ALDEA. (2018, septiembre 14). *Un femicidio cada 3 días en el Ecuador*. <https://www.fundacionaldea.org/noticias-aldea/c6cwr7g9cs6klz56rkkskalk756t4>
- Fundación ALDEA. (2024). *Femicidios en Ecuador: 108 vidas de mujeres arrebatadas por la violencia machista en 2024*. <https://www.fundacionaldea.org/noticias-aldea/1ermapa2024>
- Granda Torres, G., & Herrera Abrahan, C. D. C. (2020). Reparación integral: principios aplicables y modalidades de reparación. *Ius Humani. Law Journal*, 9(1), 251-268. <https://doi.org/10.31207/ih.v9i1.209>
- Hernández Luis, A., Veloz Avendaño, A., & Zabala Peñafiel, T. (2017). Romper el Silencio: Aproximaciones A La Problemática De La Violencia Intrafamiliar En El Ecuador. *European Scientific Journal, ESJ*, 13(5), 368-387. <https://doi.org/10.19044/esj.2017.v13n5p368>
- Jaramillo, I. C. (2018). La crítica feminista al derecho. *Revista Pensamiento Penal*, 103-133. <https://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/46462-critica-feminista-al-derecho>
- Jaramillo-Rambay, F. B., Macias-Salazar, B. T., & Vilela-Pincay, E. W. (2022). La Reparación Integral de la Víctima en el Derecho Penal Ecuatoriano. *Dominio De Las Ciencias*, 8(1), 289-302. <https://dominiodelasciencias.com/ojs/index.php/es/article/view/2491>
- Junco Aráuz, M. G. (2016). *El mecanismo de reparación integral y su aplicación en la legislación ecuatoriana* [Trabajo de Grado de Maestría, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil]. <http://repositorio.ucsg.edu.ec/handle/3317/7194>
- Loor Loor, Y. (2022, junio 27). Reparación Integral. *DerechoEcuador.com*. https://derechoecuador.com/reparacion-integral/#google_vignette
- Mayor Walton, S., & Salazar Pérez, C. A. (2019). La violencia intrafamiliar. Un problema de salud actual. *Gaceta Médica Espirituana*, 19(1), 96-105. <https://revgmespirituana.sld.cu/index.php/gme/article/view/1747>
- Naciones Unidas. (1979). *Convención sobre la eliminación de todas las formas de violencia contra la mujer*. <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cedaw.aspx>
- Naciones Unidas. (2005). *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional*. <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/remedyandrepairation.aspx>

- Organización de Estados Americanos [OEA]. (1969). *Convención Americana sobre Derechos Humanos*.
https://www.oas.org/dil/esp/1969_Convencion%20Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf
- Organización de los Estados Americanos [OEA]. (1994). *Convención do Belém do Pará*.
<https://www.oas.org/es/mesecvi/convencion.asp>
- Ortega Pérez, M. A., & Peraza de Aparicio, C. X. (2021). Violencia intrafamiliar: la reparación integral como un derecho en el Ecuador. *Iuris Dictio*, 28, 107-118.
<https://doi.org/10.18272/iu.v28i28.2145>
- Poveda Parra, L. (2018). *La aplicación de la reparación integral en la jurisprudencia del consejo de estado a la luz de los estándares construidos por la corte interamericana de derechos humanos* [Tesis de maestría, Universidad del Rosario].
<http://repository.urosario.edu.co/handle/10336/17790>
- Sierra, R., Macana, N., & Cortés, C. (2006). Impacto social de la violencia intrafamiliar. *Forensis, Datos para la Vida*, 79-150.
<https://www.medicinalegal.gov.co/documents/20143/49496/Violencia+Intrafamiliar.pdf>
- Van Boven, T. (1993). *Estudio relativo al derecho a la restitución, indemnización y rehabilitación a las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos y las libertades fundamentales*. Corte Interamericana de Derechos Humanos.
<https://biblioteca.corteidh.or.cr/documento/41700>
- Villegas, J. (2021). La violencia contra las mujeres en Ecuador a seis años de los ODS. *Iuris Dictio*, 27, 85-97. <https://doi.org/10.18272/iu.v27i27.2104>

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 informe pericial y su control de fiabilidad en la etapa intermedia: Un modelo de admisibilidad científica

The expert report and its reliability check at the intermediate stage: A scientific acceptability model

Hector Humberto Mejía Mendo*,¹

Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo (Lambayeque, Perú)

hmejiam@unprg.edu.pe

<https://orcid.org/0000-0002-3913-2452>

Recibido: 28/08/2024

Aceptado: 05/12/2024

Publicación online: 18/12/2024

*Autor corresponsal

¹Bachiller en Derecho



Cómo citar este trabajo

Mejía Mendo, H. H. (2024). El informe pericial y su control de fiabilidad en la etapa intermedia: Un modelo de admisibilidad científica. *ChornanCap Revista Jurídica*, 2(2), 67-90. <https://doi.org/10.61542/rjch.104>

RESUMEN

El informe pericial para su admisión formal como medio de prueba en la etapa intermedia del proceso penal, conforme a las reglas previstas en el código procesal del 2004, no es un requisito la verificación de la calidad epistemológica de sus instrumentos, métodos y resultados, pues solo se requiere que sea pertinente, útil y conducente. Esta situación permite que aquellas aun cuando en su elaboración utilicen teorías contrarias a las establecidas por la comunidad científica, sean admitidas para su actuación en juicio, desconociéndose el perjuicio (sobreevaluación del conocimiento científico) que ocasionan en la actuación de los jueces al momento de resolver sus casos, los cuales inciden potencialmente en las condenas o absoluciones erradas a lo que está expuesto el sistema judicial. El objetivo de este artículo se circunscribe en examinar las posibilidades doctrinarias y teóricas para la adopción del modelo de control de admisibilidad científica de los informes periciales en la etapa intermedia, en la que se analice para su admisión la calidad y fiabilidad científica, a fin de obtener su capacidad resolutoria propuesta para el caso; concluyéndose en la posibilidad de incorporar este modelo al sistema procesal penal peruano, aunado a los criterios de admisibilidad procesal establecidos en la norma.

Palabras clave: Etapa intermedia, Informe pericial, Admisibilidad científica, Fiabilidad probatoria, Control estandarizado.

ABSTRACT

The expert report for its formal admission as evidence in the intermediate stage of the criminal proceeding, according to the rules set forth in the procedural code of 2004, does not require the verification of the epistemological quality of its instruments, methods and results, since it is only required to be relevant, useful and conducive. This situation allows that even when in their elaboration they use theories contrary to those established by the scientific community, they are admitted for their performance in trial, ignoring the damage (overvaluation of scientific knowledge) that they cause in the performance of the judges at the time of resolving their cases, which potentially affect the wrong convictions or acquittals to which the judicial system is exposed. The objective of this article is limited to examine the doctrinal and theoretical possibilities for the adoption of the scientific admissibility control model of the expert reports in the intermediate stage, in which the quality and scientific reliability are analyzed for their admission, in order to obtain their proposed resolution capacity for the case; concluding in the possibility of incorporating this model to the Peruvian criminal procedural system, together with the criteria of procedural admissibility established in the norm.

Keywords: *Intermediate stage, Expert report, Scientific admissibility, Evidentiary reliability, Standardized control.*

Introducción

Los jueces, en su gran mayoría, han sido influenciados por informes periciales elaborados y explicados en audiencias por los expertos, para la resolución de sus casos, con las cuales se han logrado corroborar los hechos imputados, así como, la vinculación del acusado con el delito (Gascón Abellán, 2010), desempeñado un rol importante en la administración de justicia.

A pesar de su importancia, las decisiones de los expertos se han asumido como válidas sin un previo control, asumiéndose sus resultados como dogmas de fe. Esta forma de asumir el conocimiento es contraria a lo que se pueda denominar como científico, pues sin un previo examen de sus instrumentos y metodologías acorde a lo desarrollado por la comunidad científica, el conocimiento se convierte simplemente en acientífico (Gascón Abellán, 2010).

Esta forma de actuación judicial, se debe principalmente por la inexistencia de un control de admisibilidad del conocimiento científico. Por esta razón, el objetivo de este trabajo, consiste en desarrollar un modelo de admisibilidad en la que se detalle los criterios de fiabilidad de los informes periciales, con el objetivo de eliminar la creencia de invencibilidad de los mismos, y a su vez permita la elaboración de medidas y controles para minimizar los errores y riesgos en las resoluciones judiciales en los cuales se haya empleado aquella (Gascón Abellán, 2010).

En función a lo expuesto, el artículo tratará de explicar, en primer lugar, el apogeo del uso de la evidencia científica en la resolución de los conflictos penales, y a partir de ahí se identificarán los errores producidos por su empleo en el ámbito comparado, así como, en el sistema legal peruano,

con la finalidad de establecer un modelo de control de admisibilidad científica en la etapa intermedia del proceso penal, en base a la tutela judicial efectiva y el debido proceso, en la que se incluya a la fiabilidad probatoria.

1. El apogeo del uso de la evidencia científica en el proceso por su importancia en la resolución de conflictos

El desarrollo de la sociedad, más allá de los aspectos económicos, sociales, políticos, digitales, entre otros, ha traigo consigo a que los procesos penales de manera continua se enfrenten a resoluciones de casos más técnicos y especializados, en los que los jueces no tienen el conocimiento para resolverlos adecuadamente, requiriendo en la práctica a los expertos para adoptar una decisión judicial que satisfaga la tutela jurisdiccional efectiva del justiciable.

De ahí que los doctrinarios tanto de la tradición del *Common Law* (Mauet, Gold, Dennis y Freckelton) como del *Civil Law* (Stella, Roxin, Taruffo, Gascón, Duce y Vásquez) señalen que el uso de prueba pericial será cada vez más frecuente y cotidiana para decidir los casos que conocen los magistrados.

La frecuencia de la aplicación del conocimiento científico en el proceso se debe a que permite una reconstrucción más precisa y segura de los hechos investigados, superiores a los conocimientos basados únicamente en el sentido común del juez (Castillo Alva, 2023).

El apogeo de las evidencias científicas por su importancia en la resolución de conflictos de índole penal en el país, como se ha expuesto precedentemente, se aprecia sin mayores cuestionamientos por los servicios periciales que ofrece el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses en sus respectivas cuatro unidades operativas a nivel nacional: Unidad Clínico Forense, Unidad de Tanatología Forense, Unidad de Toxicología y Química Legal; así como, la oficina de peritajes de la Gerencia General del Ministerio Público y la Dirección de Criminalística de la Policía Nacional del Perú (Ministerio Público, 2024b).

Las unidades se encargan de brindar atención especializada en personas vivas y muertas en reconocimientos de índole anatómico, fisiológico, fisiopatológico, psicológico, psiquiátrico, odontológico, biológico, toxicológico, patológico, estomatológico, radiológico, antropológico, biológico, microbiológico, dactiloscópico, bromatológico, espermatoológico, tricológico, pelmatoscópica y estomatológico.

La Oficina de Peritajes se encarga de emitir opinión científica en torno a pericias de antropología, fonética, lingüística, acústica y contabilidad forense, destinados a identificar rostros mediante imágenes de video y superposición en imágenes; así como, la identificación de una

persona por medio del registro de voz, analiza e interpreta textos escritos y audios; y determina el desbalance patrimonial de los ingresos de una persona (Ministerio Público, 2024a).

También ejecuta pericias de accidentología, análisis digital, ingeniería civil y ambiental forense, con el objetivo de establecer los factores intervinientes en los accidentes; la identificación de manipulaciones indebidas, recuperación y autenticación de imágenes, mensajes de textos y desbloqueo de celulares; realiza tasación del bien mueble e inmueble y determina el procedimiento en la convocatoria y ejecución contractual de obra; y el establecimiento de daños ambientales cuantificando su valor económico e identifica las sustancias causantes de la contaminación.

La Dirección de Criminalística de la Policía Nacional del Perú, por su parte, realiza peritajes de análisis de moneda, misceláneos, grafotécnico, documentoscópico y psicografológico de manuscritos; inspección técnica balística, examen balístico en cuerpo humano, en prendas y otros objetos, examen de explosivos y análisis de restos de disparo por arma de fuego; y examen a drogas y productos industriales, metalúrgicos y minerales.

Como se puede apreciar, existen una serie de pericias que suelen utilizarse para la averiguación de los hechos imputados en los procesos instaurados por los delitos, por citar algunos ejemplos, contra la vida, el cuerpo y la salud; contra el orden financiero, económico, monetario, tributario y aduanero; contra la confianza y la buena fe en los negocios; contra la seguridad, salud, administración y fe pública; contra la dignidad, intimidad y libertad sexual; y contra el orden medioambiental, entre otros, destacando su importancia para la resolución de la mayoría de los tipos previstos en el Código Penal.

Siendo así, me interesa “afirmar que se trata de una situación que está presente en nuestra realidad cotidiana y todo indica que la prueba pericial en el sistema judicial tendrá aún mayor presencia que la ya tiene en la actualidad” (Duce J., 2018, p. 228), para la resolución de los casos penales en los que se encuentren involucrados temas especializados y tecnificados, en los cuales requiere obligatoriamente de expertos que permitan explicar materias que salen de la esfera del conocimiento común de los magistrados.

2. La identificación de los errores producidos por el empleo indebido de la prueba pericial en el ámbito comparado

La pericia a pesar de ser entre todos los medios probatorios previstos en el Código Procesal Penal, la más fiable abstractamente por basarse en ciencia, no está libre de cuestionamiento respecto a su fiabilidad y validez. Esta situación aumenta la probabilidad de decisiones erróneas por la existencia de errores en los expertos al momento de evaluar los datos que componen los informes periciales.

[70] Ilustre Colegio de Abogados de Lambayeque, Perú

Los riesgos a los que están expuestos las pruebas periciales, de acuerdo a los estudios empíricos realizados por los integrantes del proyecto inocencia (*Innocence Project*), Registro Nacional de Exoneraciones (*National Registry of Exonerations*) y la Academia Nacional de Ciencias (*National Academy of Sciences*) de los Estados Unidos, sin incidir en las particularidades, se deben al uso indebido de las pericias respecto a su metodología de sus resultados y los reconocimientos fotográficos y personales errados (Innocence Project, 2024).

En función a estos tres proyectos, Mauricio Duce, establece concretamente que los errores frecuentes de los informes periciales, sin entrar en explicaciones minuciosas al no constituir el objeto de presente trabajo, están conformados por el empleo de pericias no fiables, el testimonio inválido de los expertos y el comportamiento no ético de los peritos en los procesos penales (Duce J., 2018).

El primer error se genera cuando las pruebas son elaboradas en base científicas discutibles y débiles; mientras el otro se da por la explicación de conclusiones periciales aisladas sin que se apoyen en datos empíricos disponibles al momento de su elaboración; finalmente, el último se configura cuando el perito no analiza en su examen la evidencia favorable al acusado o fabrica evidencia en su contra (Duce J., 2018).

En Inglaterra, los integrantes del Comité de Ciencia y Tecnología de la Cámara de los Comunes (*House of Commons Science and Technology Committee*), han ratificado estos defectos, señalando que las pericias aun cuando abstractamente sean científicas pueden generar efectos perniciosos en los resultados probatorios analizados en el proceso por el uso indebido de las metodológicas y datos empíricos por los expertos.

Y en su lugar han propuesto legislativamente establecer reglas y estándares más estrictos para la admisibilidad de la prueba pericial en los procesos penales, frente a una práctica displicente de los tribunales en estos tipos de pruebas.

La preocupación de los Estados Unidos e Inglaterra respecto a estos temas, ha repercutido tanto a nivel doctrinario como práctico en los países como Canadá, Australia, Alemania y Chile, quienes desde hace algunos años vienen trabajando arduamente esta línea interpretativa de las pericias y su impacto en el sistema de justicia.

3. Una breve descripción de riesgos periciales en el Perú

Aun cuando en el Perú no se haya realizado hasta el momento estudios empíricos de los errores que acarrearán las pericias en el proceso y a la escasa información disponible y sistematizada a la que nos enfrentamos a la hora de investigar este tema, se ha logrado recabar algunas sentencias expedidas por la Corte Suprema que dan cuenta de que varios de los riesgos analizados

en el derecho comparado efectivamente se estarían dando en el funcionamiento cotidiano del sistema.

De las revisiones de sentencias N.º132-2015 (Corte Suprema de Justicia del Perú. Primera Sala Penal Transitoria, 2017) y N.º154-2016 (Corte Suprema de Justicia del Perú. Sala Penal Transitoria, 2018), ambas de Lambayeque, arrojaron como resultado que el sistema penal a pesar de que la imputación fiscal señaló que a consecuencia de la penetración sexual las agraviadas concibieron sus respectivos hijos, terminaron condenando a los acusados, sin la existencia de una pericia de ADN, única prueba válida conforme a la tesis fiscal, que acrediten su intervención en los hechos imputados.

Este error conllevó a que la Corte Suprema absuelva a los acusados después de varios años de estar privados de su libertad, sustentándose precisamente en la referida prueba científica omitida en la que se desvirtuó la paternidad de los acusados y en consecuencia su participación delictiva.

Del análisis del Recurso de Nulidad N.º882-2014-Lima Norte (Corte Suprema de Justicia del Perú. Sala Penal Transitoria, 2014), se determinó como resultado que los juzgados de primera y segunda instancia, a pesar de haber tenido al momento de su resolución una pericia de espermatología forense que concluyó que el semen encontrado en el saco vaginal de la agraviada no pertenecía al imputado, se le terminó condenando a diez años de pena privativa de libertad, porque a su entender existían suficientes pruebas testimoniales que acreditaban el delito.

Este defecto permitió que la Suprema Corte absuelva al acusado y disponga su inmediata libertad, argumentando que la prueba científica al constituir un elemento fiable, refuta por completo que el imputado haya sido el autor de la violación, al no guardar correspondencia el espermatozoide del imputado con el hallado en la vagina de la menor, más allá de que existía pruebas del delito cometido en agravio de la víctima.

Entre todas las sentencias recabadas, la más relevantes, es la recaída en el Recurso de Nulidad N.º2877-2014-Lima Norte (Corte Suprema de Justicia del Perú. Sala Penal Transitoria, 2016), en la que se estableció que la prueba pericial no es fiable porque no se consignó la hora de la toma de la muestra del semen ni se precisó si la misma se recogió cuando el citado acusado estuvo en abstinencia sexual; así como, tampoco se estableció como se conservó y en qué grado de temperatura la muestra recabada.

Esta situación muestra un caso jurisprudencial, entre otros que pueden existir, en la que una prueba pericial no fiable llega al juicio oral sin cumplir con los criterios mínimos que se exigen para considerarla como tal, más allá de que sea pertinente, útil y conducente, de acuerdo a los

requisitos establecidos en el manual de laboratorio de la organización mundial de la salud para el examen del semen humano y de la interacción entre el semen y el moco cervical; el cual se hubiere evitado como un filtro de admisibilidad científica como se expondrá más adelante.

Tabla 1

Cuestiones críticas para el análisis de la fiabilidad científica de las pericias

Sentencia	Error pericial	Delito
Revisión de sentencia N.º 132-2015-Lambayeque	Omisión de prueba pericial	Violación sexual
Revisión de sentencia N.º 154-2016-Lambayeque	Omisión de prueba pericial	Violación sexual
Recurso de nulidad N.º 882-2014-Lima Norte	Incorrecto análisis de la fiabilidad pericial	Violación sexual
Recurso de nulidad N.º 2877-2014-Lima Norte	Omisión de análisis respecto a la fiabilidad pericial	Violación sexual

Nota. Este grafico muestra los errores periciales del sistema peruano referido al delito de violación sexual.

4. Sistemas de control de los errores periciales

Los informes periciales, aun cuando su estructura se sustente en ciencia, no está libre de cuestionamientos respecto a su fiabilidad, por ello, el impacto que genere sus resultados deben minimizarse a través de un esquema o modelo de control que excluya los errores, prejuicios y sesgos a los que están expuestos los jueces en casos en los que las partes ofrezcan un medio probatorio de carácter científico y en su lugar autoricen la aplicación de información confiable y relevante para determinar razonablemente las proposiciones fácticas del razonamiento que apunten hacia una decisión judicial correcta (Vázquez Rojas, 2014).

El control de los errores periciales, mediante el análisis de la fiabilidad probatoria, se realizan en distintos momentos de acuerdo al sistema procesal en la que nos ubiquemos. Algunos han considerado el análisis de los errores en la valoración probatoria y otros en la etapa intermedia del proceso penal.

Con el primer modelo denominado como integrado o unificado, se corre el riesgo de que el contacto de una prueba que resulta no-fiable en el juicio influya en la decisión del tribunal como

un sesgo por la capacidad de sugestión y atracción que muchas de las pruebas periciales puedan tener (Gascón Abellán, 2010).

También tiende a confundir la fiabilidad con el valor probatorio, cuando son dos términos distintos, pues la fiabilidad solo analiza la probabilidad de considerarla en la decisión judicial al término del proceso, más no en pronunciarse sobre su peso probatorio que ella pueda tener. De modo que, sin el establecimiento previo de un control de fiabilidad, la decisión judicial, aunque el informe pericial se considere no-fiable vendrá influenciada por esta (Vázquez-Rojas, 2014).

Estas críticas respaldan la adopción del modelo de control en la etapa intermedia del proceso, en las que se establecen reglas de exclusión basadas en fundamentos cognitivos, o sea, criterios de admisibilidad respecto a los informes periciales, con el fin de seleccionar solo aquellas que presenten e incorporen en su estructura criterios mínimos de fiabilidad abstracta de acuerdo a las normas estandarizadas establecidas para cada tipo de examen pericial que se pretenda practicar y a depurar las que no satisfacen tales requisitos (Vera Sánchez, 2021), con el fin de evitar los errores descritos al inicio de este trabajo.

Este sistema interna y externamente se constituye como filtro o barrera para evitar que las decisiones judiciales estén contaminadas o contagiadas con resultados forenses deficientes, imprecisos, incompletos, vagos, genéricos o no fiables, o de dudosa calidad y procedencia (Gascón Abellán, 2010); o sea, siguiere que todos estos defectos sean verificados por los magistrados en la etapa intermedia, a fin de garantizar la base epistemológica de la decisión final.

Es decir, lo que se busca es la obtención de resultados validados por la comunidad científica, en base a un control estricto del método que utiliza el perito en la realización de su informe, con el fin de evitar la generación de un falso positivo o un falso negativo en la resolución de los casos judiciales (Castillo Alva, 2023).

Por eso, los distintos sistemas jurídicos instituyen una serie de normas que actúan como filtro de admisibilidad de los informes periciales. Estas leyes surgen de la necesidad epistemológica de asegurar la validez de los valores y principios constitucionales que estructuran los procesos penales.

Así, por ejemplo, en los Estados Unidos conforme a lo resuelto en la sentencia Daubert, se exige a los magistrados una actitud activa en la etapa anterior al juicio para asegurar la calidad, precisión y fiabilidad de las teorías, metodologías y datos que los peritos aporten al proceso al momento de haber elaborado sus respectivos informes periciales (Corte Suprema de los Estados Unidos, 1993).

Esta misma suerte corre el sistema procesal de Inglaterra, pues en su regla 33.4 (h) de las Reglas de Procedimiento Criminal (*Criminal Procedure Rules*), se estableció que el informe pericial debe incluir datos necesarios que permitan a los litigantes y magistrados decidir si la opinión técnica del perito es suficientemente válida y fiable para admitirla como prueba (Duce J., 2018)

Aun cuando se quiera decir que el análisis previo al juicio de la fiabilidad científica no resultaría procedente en nuestro sistema, al pertenecer estos dos países a uno distinto, conviene citar a los trabajos empíricos realizados por el Profesor, Mauricio Duce, en el sistema penal chileno, en los cuales concluye en que se debe legislar reglas especiales que establezcan exigencias de admisibilidad a este tipo de prueba, a efectos de que el juez pueda excluirlas o admitirlas al proceso (Duce J, 2018).

Todo este recorrido doctrinario y jurisprudencial sugiere la posibilidad de regular un control de fiabilidad o credibilidad de las pericias en un momento previo al juicio. Esto permitirá ahondar en las razones epistémicas de porque se debe establecer un sistema de control como el analizado precedentemente en nuestro país.

5. La necesidad epistemológica de establecer un modo de control de admisibilidad científica en la etapa intermedia del proceso penal: Breve referencia a la fiabilidad probatoria

Este sistema, más allá de lo expuesto, excluye el sesgo de infalibilidad de los informes periciales, que tiende a aumentar el valor epistémico de sus conclusiones y métodos (Duce J., 2011), y en su lugar solo admite a juicio pruebas periciales que reúnan determinados estándares de calidad respecto a su técnica y método empleado por el profesional convocado en la realización de su informe (San Martín Castro, 2020).

La adopción de este modelo en el ordenamiento jurídico peruano debería aplicarse epistemológicamente por las siguientes razones:

- i. La defensa de la dignidad del acusado en el proceso al constituir el fin supremo del estado, de acuerdo al artículo primero de la constitución, no prohibiría sino permitiría la regulación del modelo propuesto, engarzándose a las garantías y derechos desarrolladas y establecidas a su favor hasta este momento. Esta forma de ver al proceso se debe a su manifestación epistemológica y garantista (Mendoza Ayma, 2019).
- ii. El juez de garantías es el encargado de realizar un control destinado a sanear los requisitos de admisibilidad de los medios de prueba presentados por las partes, entre ellos, las periciales, lo que significa que podría agregarse legislativamente un criterio científico distinto a los clásicos como el que se propone: la fiabilidad probatoria; a fin de controlar la

- suficiencia de una causa científica (Almanza, 2021), por las razones esgrimidas precedentemente.
- iii. El modelo que se propone se sustenta en unos de los principios pilares del sistema democrático referido al control del poder, el cual se extiende al accionar de los expertos en la elaboración de los informes periciales, pues este no puede constituir una zona exenta de control; por tanto, este poder técnico debe estar sometido en el proceso a un control previo al juicio por parte de los tribunales para establecer el uso racional del conocimiento especializado y llegar a adoptar una decisión justa.
 - iv. La regla de control probatorio en la fase intermedia del proceso penal busca evitar desaciertos, equivocaciones, malentendidos, errores e inexactitudes por el juez de la causa, excluyendo aspectos negativos como la pérdida del tiempo (Taruffo, 2009) en la resolución de los casos penales.
 - v. En definitiva, la prescripción normativa de una fase previa de verificación de la calidad epistemológica de los procedimientos forenses, evita que ingresen al procedimiento informaciones no corroboradas por la comunidad científicas (ISO).
 - vi. Finalmente, los criterios de admisibilidad procesales, por ser criterios epistémicos, habrían de apuntar a obtener medios de prueba con capacidad para proporcionar razones epistémicas y las que no proporcionan este elemento epistémico se debe inadmitir en una fase anterior al juicio oral (Dei Vecchi, 2020); es decir, aquellos medios probatorios no fiables deben declararse inadmisibles en la fase intermedia por el Juez de Garantías.

Por estas razones, resulta conveniente la adopción de un sistema de admisibilidad de los informes periciales en la fase intermedia del proceso, en la que se evalúe su fiabilidad, o sea, la calidad de los datos que utiliza los peritos en la elaboración de sus informes, aunado al control de admisibilidad procesal o tradicional, en la que se verifique la pertinencia, conducencia y utilidad. Veamos en que consiste este criterio de admisibilidad científica en los apartados siguientes.

5.1. ¿Qué es la fiabilidad probatoria?

La fiabilidad se entiende como la verosimilitud o la seguridad de las razones científicas que sustentan a los elementos probatorios, con independencia de la proposición a probar en el proceso. Es decir, con la garantía que ha de tener un concreto medio de prueba al momento de evaluación probatoria (Gascón Inchausti, 1999).

Se refiere al grado de medición (Terence et al., 2015) en que su método científico se ha aplicado repetidas veces al mismo individuo u objeto y sigue produciendo los mismos resultados (Calderón Ortega & Cueto Calderón, 2022). Es una aptitud de confianza, seguridad o garantía del

conocimiento científico, y en particular, de los métodos empleados por los expertos al momento de construir sus informes periciales.

Los elementos probatorios son fiables cuando se sustentan en datos empíricos que hagan inferir razonablemente que su contenido y resultado es sustancialmente verídico, al menos, probable, para corroborar los hechos por los cuales han sido convocados los expertos en el proceso. Por tanto, una prueba es fiable, si su resultado es repetible, segura y consistente (Ordóñez Ramírez, 2018) en procesos idénticos en los cuales se analiza las mismas cuestiones fácticas que el proceso originario (Laudan, 2013).

Se debe entender a la fiabilidad en un sentido genérico, como la replicación y verificación confiable de sus resultados en escenarios procesales repetidos en los cuales siguen obteniendo la misma conclusión y capacidad corroborativa de los hechos en el proceso. Por tanto, un medio probatorio es fiable cuando los resultados de su reproducción siguen siendo la misma en condiciones en las que se aplicaron anteriormente (Vázquez-Rojas, 2014).

En función a lo expuesto, se puede concluir parcialmente que la “fiabilidad, informa cómo de hecho funciona un método independiente de nuestras creencias, pues ni la experiencia, ni el buen juicio, ni las buenas prácticas profesionales pueden sustituir las pruebas genuinas sobre la validez de sus fundamentos y su fiabilidad” (Cando Shevchukova, 2023, p. 295).

De esto, se puede inferir que la fiabilidad no es otra cosa que el nivel de confiabilidad que ostenta un informe pericial, basadas en circunstancias concretas y criterios identificables de índole científica. De modo que, es imprescindible esclarecer esta cadena a través de métodos científicos con el fin de proporcionar información sobre la calidad de los métodos y técnicas utilizados por los expertos (Vargas, 2018); y verificar de ese modo el cumplimiento o no de su fiabilidad.

5.2. ¿En qué consiste el control de fiabilidad probatoria de los informes periciales?

Este control consiste en que los sujetos procesales deben evaluar si los métodos y conclusiones establecidos por los expertos en sus respectivos informes, se sustentan en normas, procedimientos, técnicas y metodologías estandarizadas por las comunidades científicas de acuerdo al tipo de examen pericial que se pretenda practicar en el proceso, con la finalidad de analizar su fiabilidad.

Para este fin, se debe analizar la calidad técnico-científica y calidad técnico-procedimental de los informes periciales, y determinar si son acordes a los protocolos, normas estandarizadas, procedimientos, técnicas e instrumentos, con el objetivo de establecer su fiabilidad en el proceso.

Por citar un ejemplo, si un perito utiliza una técnica aplicable al examen de balística forense para el recojo de fluidos biológicos, el informe elaborado y presentado al proceso por cualquiera de las partes, resultarían no fiables, por basarse en técnicas y procedimientos equivocados e inidóneos.

En ese mismo sentido, los análisis de marcas de mordeduras, comparación de voces, marcas de huellas de zapatos, microscópicos de pelos y uso de huellas digitales, carecen de fiabilidad abstracta porque no tienen grados de confiabilidad mínimos, sin perjuicio del análisis de las particularidades de los hechos, debido al escaso soporte de investigación científica que permita validar las técnicas sobre las cuáles se construyen, de acuerdo a lo establecido en el informe publicado en el año 2009 por la Academia Nacional de Ciencias de los Estados Unidos (Servick, 2016).

Estos ejemplos y otros, muestran como determinados exámenes periciales carecen de fiabilidad abstracta, los cuales resultan inadmisibles al no contar con una justificación epistémica idónea para corroborar, en el juzgamiento, los elementos probatorios (Dei Vecchi, 2020).

Esta forma controlar, se logrará si el magistrado se constituye responsablemente en analizar críticamente los datos en los que se sustenta la prueba pericial, para decidir sobre su admisión, y para este fin, el informe pericial propuesto por las partes procesales en la etapa intermedia, deberá cumplir con el test general de fiabilidad probatoria abstracta, que se propondrá en el acápite posterior.

5.3. Requisitos para un control de fiabilidad probatoria de los informes periciales por los jueces de investigación preparatoria

Los criterios de fiabilidad de los informes periciales, para su admisión al proceso, dependen del cumplimiento irrestricto por parte de los peritos de los procedimientos, técnicas y métodos, de acuerdo a lo establecido en normas estandarizadas de acuerdo al tipo de pericia a realizarse; no obstante, cabe preguntarse ¿cómo acceden los jueces a los procedimientos estandarizados si no forman parte de la comunidad experta?

Entre todas las respuestas a esta interrogante, las más coherente a nuestro sistema, sería que el juez accederá al conocimiento y aplicación de esas normas por la declaración expresa del perito, para lo cual se requiere el establecimiento de una serie de variables para su evaluación en el proceso.

Esta respuesta requiere al menos para comenzar, la generación de un test genérico de fiabilidad, en la que el juez examine de manera diligente y rigurosa las múltiples variables que

podrían influenciar negativamente en la calidad científica del medio pericial ofrecido por las partes para su actuación en juicio.

Este análisis sugiere que los jueces deben tener a su disposición una serie de interrogantes o criterios con los cuales explore las circunstancias críticas que podrían influenciar en la generación de informes no fiables. Estos requisitos del control de fiabilidad, se debe entender como aquellos criterios mínimos y generales que le permite al juez adoptar la admisión o no de un medio pericial ofrecido por las partes en la fase intermedia.

El referido test permite que los jueces analicen la metodología y principios utilizados por el perito para la elaboración de sus informes. El juez para analizar la admisibilidad de estos informes debe considerar, por lo menos, dos aspectos: si esta acredita la hipótesis objeto de discusión y si mide lo que dice medir y con qué precisión (Cando Shevchukova, 2023).

Sobre este test general, Gascón Abellán (2021) afirmó que se trata de ilustrar con algunas preguntas, que en algunos casos no resultarán adecuadas o útiles, cómo cabría cuestionar a las pericias, especialmente referidos a su validez en sus fundamentos, aplicación y resultados. En base a esto, se esbozará como se aprecia en la siguiente tabla un listado general de preguntas ilustrativas del tipo de cuestiones que cabría examinar para comprobar los tres elementos expuestos en el párrafo anterior.

Tabla 2

Cuestiones críticas para el análisis de la fiabilidad científica de las pericias

Test general de fiabilidad de las pericias desde un enfoque científico para analizar su admisibilidad en la fase intermedia del proceso penal	
Validez de los fundamentos de la técnica usada	¿La técnica ha sido sometida a comprobación?
	¿Ha sido examinada por otros expertos la técnica utilizada?
	¿Existe doctrina especializada respecto al informe pericial a examinar?
	¿Existen literatura contraria a la técnica empelada? De ser así ¿cuál es su validez?
	¿Cuál es la tasa de error (real o potencial) asociada a la aplicación de esa técnica?
	¿Existen normas estandarizadas para el control de la aplicación de esa técnica?
	¿Hay información relevante para la validez de esa técnica?
	¿Los datos sobre los que se ha realizado el análisis son suficientes?

Validez de la aplicación de la técnica	<i>Los datos y materiales</i>	¿En su recopilación, almacenamiento y traslado al laboratorio, se ha realizado conforme al procedimiento estandarizado para evitar su deterioro o alteración?	
		¿Los resultados periciales responden al análisis de todos los datos existentes sobre la evidencia? De no ser así ¿por qué se excluyeron los datos no considerados en el análisis?	
	<i>Los laboratorios</i>	¿El laboratorio está sometido a programas de acreditación?	
		¿Se han seguido los estándares de actuación científicos?	
		¿Se han adoptado medidas para evitar el deterioro de las muestras o materiales a analizar?	
		¿Se han adoptado criterios para reducir el riesgo de los sesgos cognitivos en las conclusiones del trabajo pericial?	
	<i>Los expertos</i>	¿El informe pericial ha sido realizado por un experto cualificado o idóneo?	
		¿Hay información que sugieran que el experto no ha actuado (o no va a actuar) de forma objetiva?	
	Validez de la presentación de los resultados	<i>¿El informe resulta claro y completo?</i>	¿Los métodos, procedimientos y materiales usados se expresan claramente en el informe pericial?
			¿Hay algún dato o aspecto relevante que haya sido omitido en la elaboración de informe pericial?
¿Hay algún error en los datos usados en el análisis?			
¿Se ha considerado y se ha tomado en cuenta toda la información relevante para la visualización del referido informe pericial?			
<i>¿Es rigurosa y precisa la expresión de los resultados y de las conclusiones derivadas?</i>		¿Se derivan las conclusiones de los datos resultantes de los análisis?	
		¿La terminología usada por el perito para comunicar los resultados de los análisis y/o las conclusiones es la más idónea?	
		¿Los resultados se comunican expresando el grado de precisión o margen de error asociado a la técnica aplicada? o por el contrario	
		¿los resultados se expresan en términos de certeza absoluta o	

		grado razonable de certeza científica, u otras parecidas que sugieren infalibilidad?
--	--	--

Nota. Este cuadro muestra las preguntas críticas que deben de responderse positivamente para que una pericia sea admitida para el juzgamiento de la causa.

Veamos algunos casos teóricos en los cuales se aprecie la aplicación práctica de los referidos criterios de evaluación de judicial.

Supóngase el caso en que los sujetos procesales ofrezcan como acto probatorio una pericia informática de copia de archivos electrónicos sin la existencia del *valor hash*¹, el juez de investigación preparatoria en su motivación aplicando los criterios referidos a la validez de la presentación de los resultados, debe señalar que el referido informe no garantiza la confiabilidad y seguridad de su mismidad al resultar incompleta en su estructura y formación, para declarar su inadmisibilidad por carecer de fiabilidad probatoria abstracta.

El juez utilizando los criterios referidos a la validez de la aplicación de la técnica debe declarar su inadmisibilidad cuando se presente un informe de biología forense que ha sido practicado por un médico general, sin la idoneidad y la especialidad que se requiere para ese supuesto; o cuando el experto en fonética concluye que su informe tiene un grado de certeza al 100% sin margan de error (real o potencial) asociada a la aplicación de la técnica utilizada, debiendo declarar su inadmisibilidad haciendo uso de los criterios referidos a la validez de los fundamentos de la técnica usada.

Esta forma de proceder de los peritos respecto a la redacción y explicación de sus resultados en términos de certeza absoluta se observa con frecuencia en el ámbito judicial y al no existir un previo control de admisibilidad, terminan por fundamentar la decisión. Por ejemplo, en el recurso de nulidad n.º 840-2019-Lima, se condenó al acusado en base a dos pericias antropológicas practicados a los procesados que concluyeron que las características físicas de estas personas *coindicen plenamente* con los autores que participaron en el robo de los agraviados; lo cual evidencia un error en la presentación de los resultados de la pericia.

Además de estos ejemplos, podemos encontrar otros supuestos conforme se ha esgrimido en la tabla que a continuación se expone, en los cuales se aprecian que los peritos incurren en algunas de las cuestiones criticas indicadas en la tabla anterior, a fin de verificar su aplicación práctica a nivel judicial.

¹ La función *hash* es un algoritmo matemático que dota de seguridad frente ataques maliciosos al contenido primigenio de un medio electrónico.

Tabla 3

Relación de algunos peritajes en los que se carecen de fiabilidad científica

Supuestos de inadmisibilidad por falta de fiabilidad abstracta o genérica	
Validez de los fundamentos de la técnica usada	Los peritajes psicológicos de credibilidad deben ser excluidos por falta de necesidad de conocimiento experto y por falta de confiabilidad de la metodología utilizada.
	Una pericia de mordeduras o pisadas cuya observación y experiencia no han sido validadas por los métodos usuales de la ciencia.
	El método utilizado por los grafólogos no conlleva a que éstos puedan identificar quién exactamente escribió algo en un manuscrito o en alguna pared. Así pues, es muy distinto decir que no se encontraron similitudes gráficas y afirmar que habrían sido pintadas por Luz Raquel Padilla.
Validez de la aplicación de la técnica	El examen de dactiloscopia forense se ha practicado sobre una huella (muestra) opaca e inutilizable.
	Trazas de ADN de una persona aparecidas en un lugar donde nunca ha estado.
	La muestra de pintada en la pared con spray no estaba en las condiciones de analizarse con las técnicas que usa la grafoscopia para identificar diferencias.
Validez de la presentación de los resultados	El resultado del ADN señala la pertenencia del vestigio analizado con la del acusado.
	Si la impresión del calzado analizado procede de la pisada del acusado.
	Si la escritura manuscrita examinada procede del estafador.

Nota. Este gráfico establece supuestos prácticos de métodos, instrumentos y resultados periciales que no satisfacen el estándar de admisibilidad científica.

En todos estos casos y en otros que pueda suceder en la práctica judicial, la inadmisibilidad debe ser declarada por el juez de investigación preparatoria en virtud al análisis de los criterios generales y abstractos expuestos. Debe mencionarse que se excluye del análisis del magistrado la fiabilidad concreta o específica de un medio pericial, puesto que, este dependerá de las circunstancias sometidas al juicio en aras del contradictorio ejercido por las partes.

Sobre esto último, la profesora Gascón Abellán (2021), señala con acierto doctrinario lo siguiente:

La existencia de un filtro como el expuesto no significa que, una vez superado éste, los jueces del juicio ya no deban hacer ninguna evaluación de la fiabilidad de la prueba forense.

No es eso. El grado de fiabilidad de la prueba pesará también a la hora de asignarle un valor probatorio, y esto es algo que corresponde hacer a los jueces del juicio como parte de su función de valorar la prueba. En definitiva, la evaluación de la fiabilidad de la prueba forense juega en dos etapas: en la etapa de admisión y en la de juicio. En la primera se decide si se admite la prueba o, por el contrario, se la excluye por falta de fiabilidad suficiente. Pero si la prueba resulta admitida, los jueces del juicio deberán considerar aún su mayor o menor fiabilidad para atribuirle un valor probatorio. (p. 51)

En ese sentido, la admisión de una prueba científica cuando sobrepase el test de la fiabilidad abstracta (validez de los fundamentos de la técnica usada, validez de la aplicación de la técnica y validez de la presentación de los resultados), no implica pronunciarse sobre su valor probatorio sino meramente sobre la posibilidad de tomarla en consideración para la decisión final del caso. Ambos conceptos (fiabilidad científica y valor probatorio) deben ser claramente distinguidos (San Martín Castro, 2020). Veamos esta situación en el siguiente gráfico:

Tabla 4

Etapas de la fiabilidad científica de los informes periciales

Proceso Penal Común		
Investigación preparatoria	Fase intermedia	Juzgamiento
Construcción científica	Admisibilidad científica	Valoración científica
Generación de la fiabilidad	Fiabilidad abstracta	Fiabilidad concreta

Nota. Esta tabla grafica la fiabilidad desde su generación, admisibilidad y valoración de las pericias de acuerdo a las sucesivas etapas establecidas en el proceso penal.

En efecto, del cuadro se aprecia que la falta de fiabilidad como criterio de exclusión epistémica de los informes periciales, solo debe estar referida a casos claros, abstractos y genéricos, reservándose a los casos concretos o específicos su valoración en la fase de juzgamiento, en la que se deben considerar su mayor o menor fiabilidad para atribuirle un determinado peso probatorio que acrediten las premisas fácticas del caso (Vivar Vera, 2021, p. 402).

6. El impacto del modelo propuesto en la tutela judicial efectiva y el debido proceso

Toda persona en el proceso, cualquiera que sea su condición, requiere del respeto irrestricto de los derechos mínimos que le asiste según la convención y la constitución, a fin de que

la decisión judicial final sea válida y racional. Entre estos derechos, encontramos dos principios o derechos fundamentales que estructuran un proceso válido: la tutela judicial efectiva y el debido proceso.

Carrión Lugo (2023) refiere que la esencia de la tutela jurisdiccional efectiva, radica en que toda persona, cualquiera que sea su naturaleza, es titular de una serie de derechos, que tienen que ser respetados por los sujetos procesales, especialmente por los jueces declarando el derecho e impartiendo justicia.

En esa serie de derechos que les asistes a los sujetos procesales, se encuentra a que se le haga justicia, que se le absuelva su pretensión y que las pruebas aportadas, entre ellas, las periciales, sea controlada, atendida y protegida, por el órgano jurisdiccional, a través de un proceso con garantías mínimas que ofrece el sistema procesal.

Por ello, se afirma y con autoridad en la Casación N.º 6189-2011-Lima (Corte Suprema de Justicia del Perú. Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria, 2013), que la tutela jurisdiccional efectiva se concibe como un instrumento de impartir justicia dentro de los estándares mínimos que la naturaleza del derecho impone, así como, el acceso a los órganos de justicia y la eficacia de lo decidido en la resolución. Este instituto se exterioriza en el acceso a la jurisdicción; en el desarrollo del proceso; y en la decisión judicial final.

Siendo así, el establecimiento y la existencia de un modelo de control de los informes periciales en la fase intermedia, garantiza que en el desarrollo del proceso se disminuya las condenas y absoluciones erróneas (Laudan, 2011), basadas en metodologías y técnicas científicas de baja calidad epistémica y sin verificación de sus premisas, lo cual garantiza que la decisión judicial final sea coherente a los estándares mínimos de racionalidad.

Este control epistemológico y científico, de acuerdo a los ítems desarrollados en el gráfico segundo, obliga al estado otorgarle tutela jurídica efectiva a los sujetos que cuestionan a los informes periciales en la etapa intermedia, sin que se produzca bajo ningún supuesto la denegación del referido control. Siendo esta situación posible de acuerdo al principio de la tutela judicial efectiva que le asistente a los sujetos en el proceso penal.

El control de admisibilidad científica de los informes periciales al constituir una manifestación a la tutela judicial efectiva conforme se ha expuesto, incidiría en el debido proceso, en que las partes tienen el derecho a que el órgano jurisdiccional analice y controle la cantidad científica de las pruebas periciales ofrecidas por la contraparte, a fin de que la decisión judicial final se fundamente en medios probatorios científicos válidos y se excluya de ella los errores o riesgos que podría influenciar en su construcción.

Garantizando esta situación a que las partes en el “proceso judicial donde se discutan o cuestionen sus derechos e intereses se desarrolle conforme a un canon procesal y sustantivo ajustado a parámetros constitucionales de razonabilidad y justicia” (Landa Arroyo, 2017, p. 174).

7. Propuesta de lege ferenda

De conformidad a las consideraciones teóricas expresadas a lo largo de los acápites que conforman este artículo, en lo que sigue pretendo delinear un diseño procesal (a modo de propuesta) que asegure un adecuado tratamiento de la admisibilidad, en la que se obtenga informes periciales estructuradas sobre información de calidad.

La interesante posición debe conducir a que el legislador realice verdaderas reformas legislativas que amplíen el alcance de las reglas de inadmisibilidad a los casos de fiabilidad probatoria, por dos razones principales, primera, exige al juzgador una mejor justificación del uso de elementos periciales en su razonamiento probatorio, y segundo, dota al acto probatorio pericial propuesto en la etapa intermedia un carácter epistemológico, que termina por incidir positivamente en la disminución de los riesgos inherentes a todo sistema judicial: las condenas erróneas.

El modelo basado en el control de admisibilidad científica referida a la prueba pericial en la etapa intermedia, requiere de una modificatoria por adición del texto normativo previsto en el artículo 352 inciso 5 acápite b del Código Procesal Penal, en la que los sujetos procesales al ofrecer pruebas periciales no solo deben sustentar los requisitos de admisibilidad tradicionales, tales como, la pertinencia, conducencia y utilidad, sino que además deben esquematizar su análisis respecto a la fiabilidad probatoria, a fin de obtener un mayor control para minimizar los errores judiciales en la que el sistema judicial podría incurrir al aceptar a la prueba pericial como infalible. Veamos esta propuesta legislativa en el siguiente gráfico:

Tabla 5

Modificación de la norma que regula los requisitos de admisibilidad de la prueba pericial

Propuesta legislativa del artículo 352 inciso 5 acápite b del Código Procesal Penal
5. La admisión de los medios de prueba ofrecidos requiere:
(...)
b) Que el acto probatorio propuesto sea pertinente, conducente y útil; y en caso sea de naturaleza pericial se deberá especificar además <i>la fiabilidad probatoria</i> . En este caso se dispondrá todo lo necesario para que el medio de prueba se actúe oportunamente en el Juicio. El pedido de

actuación de una testimonial o la práctica de un peritaje especificará el punto que será materia de interrogatorio o el problema que requiere explicación especializada, así como el domicilio de los mismos. La resolución que se dicte no es recurrible.

Nota. En este cuadro se establece a la fiabilidad probatoria como un requisito de admisibilidad de los informes periciales en la etapa intermedia.

A fortiori, la calidad de un sistema de control de admisibilidad científica no solo se reduce a una modificatoria del cuerpo normativo, sino que requiere además para el mejoramiento del procedimiento probatorio ir acompañada de una serie de variables y factores que permitan obtener resultados positivos en el aprovechamiento y uso de la actividad forense al interior del proceso; tales como:

- i. Implementar desde el gobierno central la elaboración de una política pública forense, en las cuales se destine los presupuestos necesarios para la creación de laboratorios de última tecnología, la mejora de los existentes y la capacitación permanente y continua de los peritos, jueces, fiscales y abogados de todo el país, con la finalidad de obtener resultados positivos en la administración de justicia.
- ii. Elaborar normas deontológicas de carácter expresa recogidas en un código, en las cuales se expresen condiciones mínimas que direccionen la realización de buenas prácticas a todos los operadores del proceso.
- iii. Establecer la creación de una institución encargada de recoger, analizar, procesar y traducir los estándares mínimos que deben ostentar cualquiera pericia para que sea considerada como válida desde un punto de vista científico, a fin de ponerlas en conocimiento a los operadores jurídicos y puedan contrastar la información expuestas por los expertos en el proceso.

Conclusiones

Estas breves anotaciones muestran que surge la necesidad legislativa de implementar el modelo de control de admisibilidad científica en la etapa intermedia del proceso penal en la que se agregue la fiabilidad probatoria, en la que se debata si el informe pericial que se ofrece como acto probatorio se sustenta en principios, procedimientos, protocolos, metodologías y técnicas elaboradas por las comunidades científicas en normas de estandarización (ISO), como criterios de análisis de fiabilidad o calidad de las ciencias forenses, a fin de que solo aquellas que cumplan con esos requisitos puedan actuarse en juicio oral.

El modelo propuesto permite la generación de determinados criterios abstractos, denominados test general de admisibilidad, a fin de que el juez en su función de controlar la calidad de las ciencias forenses las aplique para verificar si el acto probatorio pericial propuesto por las partes procesales es o no fiable.

La posibilidad doctrinaria de que el juez de investigación preparatoria realice el control de admisibilidad científica respecto a la prueba pericial en la etapa intermedia del proceso penal, trae consigo la modificatoria por adición del artículo 352 inciso 5 acápite b del Código Procesal Penal. Solo cumpliéndose estas consideraciones podemos garantizar una correcta administración de justicia.

Referencias

- Almanza, F. (2021). *Litigación oral y argumentación. En audiencias del proceso penal acusatorio*. San Bernardo.
- Calderón Ortega, M. A. N., & Cueto Calderón, C. A. (2022). Aplicabilidad del Test Daubert en la prueba pericial psicológica en el régimen penal colombiano: una nueva perspectiva de valoración probatoria. *Justicia*, 27(41), 109–124. <https://doi.org/10.17081/just.27.41.5680>
- Cando Shevchukova, S. L. (2023). La prueba grafotécnica: fundamentos, validez y fiabilidad. *Quaestio Facti. Revista Internacional Sobre Razonamiento Probatorio*, 4(1). https://doi.org/10.33115/udg_bib/qf.i1.22841
- Carrión Lugo, J. (2023). *Teoría general del proceso civil*. Instituto Pacífico.
- Castillo Alva, J. L. (2023). *El derecho a la prueba en la investigación preparatoria*. Instituto Pacífico.
- Corte Suprema de Justicia del Perú. Primera Sala Penal Transitoria. (2017). *Revisión de sentencia N.°132-2015-Lambayeque*. Lima, 13 de marzo.
- Corte Suprema de Justicia del Perú. Sala Penal Transitoria. (2014). *Recurso de Nulidad N.°882-2014-Lima Norte*. Lima, 15 de diciembre.
- Corte Suprema de Justicia del Perú. Sala Penal Transitoria. (2016). *Recurso de Nulidad N.°2877-2014-Lima Norte*. Lima, 22 de noviembre.
- Corte Suprema de Justicia del Perú. Sala Penal Transitoria. (2018). *Revisión de Sentencia NCPP 154-2016-Lambayeque*. Lima, 11 de diciembre.
- Corte Suprema de Justicia del Perú. Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria. (2013). *Casación N. 6189-2011-Lima*. Lima, 18 de julio.

- Corte Suprema de los Estados Unidos. (1993). *Daubert contra Merrell Dow Pharmaceuticals N.º 92-102*. <http://ignaciosoba-derechoprocesal.blogspot.com/2012/02/corte-suprema-ee.html>
- Dei Vecchi, D. (2020). *Los confines pragmáticos del razonamiento probatorio*. Zela.
- Duce J., M. (2018). Prueba pericial y su impacto en los errores del sistema de justicia penal: antecedentes comparados y locales para iniciar el debate. *Ius et Praxis*, 24(2), 223–262. <https://doi.org/10.4067/S0718-00122018000200223>
- Duce J., M. (2018). Una aproximación empírica al uso y prácticas de la prueba pericial en el proceso penal chileno a la luz de su impacto en los errores del sistema. *Política Criminal*, 13(25), 42–103. <https://doi.org/10.4067/S0718-33992018000100042>
- Duce J., M. (2011). Admisibilidad de la prueba en juicios orales: un modelo para armar en la jurisprudencia nacional. *Revista Institucional de La Defensa Pública*, 57–92. <https://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/33402-admisibilidad-prueba-juicios-orales-modelo-armar-jurisprudencia-nacional>
- Gascón Abellán, M. (2010). Prueba Científica: Mitos y Paradigmas. *Anales de La Cátedra Francisco Suárez*, 44, 81–103. <https://doi.org/10.30827/acfs.v44i0.500>
- Gascón Abellán, M. (2021). Ideas para un “control de fiabilidad” de las pruebas forenses. Un punto de partida para seguir discutiendo. In *Manual sobre Derechos Humanos y prueba en el proceso penal* (pp. 51–86). Suprema Corte de Justicia de la Nación. https://sistemabibliotecario.scjn.gob.mx/exlibris/aleph/a23_1/apache_media/AL5BGS115NPPJ45H4S5FI42DX5M94U.pdf
- Gascón Inchausti, F. (1999). El control de la fiabilidad probatoria “prueba sobre la prueba” en el proceso penal. *Revista General de Derecho*. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=237798>
- Innocence Project. (2024). *Quiénes somos- Innocence Project*. <https://es.innocenceproject.org/>
- Landa Arroyo, C. (2017). *Los derechos fundamentales*. Pontificia Universidad Católica del Perú. <https://doi.org/10.18800/9786123172312>
- Laudan, L. (2011). *El estándar de prueba y las garantías en el proceso penal* (Primera Ed.). Editorial Hammurabi.
- Laudan, L. (2013). *Verdad, error y proceso penal: un ensayo sobre epistemología jurídica* (C. y A. E. Ed. Vázquez, Ed.). Marcial Pons.
- Mendoza Ayma, F. C. (2019). *Imputación concreta: su necesidad en la construcción de un proceso penal cognitivo*. Zela.
- Ministerio Público. (2024a, January 14). *Ministerio Público - Fiscalía de la Nación*. <https://www.mpf.n.gob.pe/iml/UNCLIFOR/>

- Ministerio Público. (2024b, November 26). *El Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses*.
<https://www.mpf.gob.pe/iml/UNCLIFOR/>
- Ordóñez Ramírez, H. (2018). *Método de valoración de la prueba pericial de cotejo dactiloscópico, que incluye el nivel de originalidad, basado en las reglas de la ciencia como parte integral de la sana crítica* [Tesis doctoral, Universidad de Medellín].
<http://hdl.handle.net/11407/6329>
- San Martín Castro, C. (2020). *Derecho Procesal Penal Lecciones*. Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales.
- Servick, K. (2016, March 7). *Reversing the legacy of junk science in the courtroom*.
<https://www.science.org/content/article/reversing-legacy-junk-science-courtroom>
- Taruffo, M. (2009). *La prueba de los hechos*. Trotta.
- Terence, A., Schum, D., & Twining, W. (2015). *Análisis de la prueba* (F. y A. C. Trands. Carbonell, Ed.). Marcial Pons.
- Vázquez Rojas, M. del C. (2014). *La prueba pericial: Entre la deferencia y la educación* [Tesis doctoral, Universidad de Girona]. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=93451>
- Vázquez-Rojas, C. (2014). Sobre la científicidad de la prueba científica en el proceso judicial. *Anuario de Psicología Jurídica*, 24(1), 65–73. <https://doi.org/10.1016/j.apj.2014.09.001>
- Vera Sánchez, J. S. (2021). Exclusión de la prueba pericial científica (de baja calidad epistémica) en fase de admisibilidad en procesos penales de tradición románica-continental: Diálogo entre dos culturas jurídicas. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, 7(1), 375. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v7i1.498>
- Vivar Vera, J. (2021). La sentencia penal, el juez y el algoritmo: ¿Las nuevas tecnologías serán nuestros próximos jueces? *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, 10(1), 231–269. <https://doi.org/10.5354/0719-2584.2021.58785>

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 naturaleza tangible de los medios corruptores en los delitos de corrupción de funcionarios*

The tangible nature of corrupt means in public corruption offenses

José Jhordy Ventura Zurita^{**},¹

Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo (Lambayeque, Perú)
jventurazu@unprg.edu.pe
<https://orcid.org/0009-0006-6683-5731>

Recibido: 01/08/2024

Aceptado: 11/11/2024

Publicación online: 18/12/2024

Nicole Alessandra Núñez Custodio¹

Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo (Lambayeque, Perú)
nnunezc@unprg.edu.pe
<https://orcid.org/0009-0000-8321-7480>

****Autor corresponsal**

¹ Estudiante de la Escuela Profesional de
Derecho



Cómo citar este trabajo

Ventura Zurita, J. J., Núñez Custodio, N. A. (2024). La naturaleza tangible de los medios corruptores en los delitos de corrupción de funcionarios. *ChornanCap Revista Jurídica*, 2(2), 91-126. <https://doi.org/10.61542/rjch.91>

RESUMEN

Este artículo jurídico examina la naturaleza de los medios corruptores en los delitos de corrupción de funcionarios, analizando la relevancia de su materialidad en delitos como el tráfico de influencias y el cohecho, donde su presencia resulta crucial como elemento configurador del tipo penal. Mediante el análisis de la Apelación N.º 7-2023, se cuestiona la interpretación de la Corte Suprema, que considera que los medios corruptores pueden ser de carácter inmaterial. Esta perspectiva implica incluir situaciones sentimentales como las relaciones amorosas, amicales o familiares, como escenarios corruptos, adelantando así la barrera punitiva dentro del *iter criminis* y complicando la distinción entre actos sociales y conductas ilícitas. Se presenta una postura mixta, basada en la doctrina italiana, que defiende la necesidad de materialidad de los medios corruptores, pero que admite casos en los que el medio corruptor nace como inmaterial, condicionado a que posteriormente, adquiriera una forma material. Este análisis arroja una luz sobre la complejidad de la interpretación de la normativa en casos de corrupción y subraya la urgencia de aclarar el

* Los autores expresan su agradecimiento al Prof. Eliu Arismendiz Amaya por su guía en la redacción del presente artículo, cuya experiencia y dedicación han sido invaluable para el trabajo.

alcance de los medios corruptores en la jurisprudencia y legislación vigente. De este modo, se busca una aplicación coherente y justa de la ley.

Palabras clave: Medios corruptores, Cohecho, Tráfico de influencias, Corrupción, Funcionario público.

ABSTRACT

This legal paper examines the nature of corrupting means in offenses involving corruption of public officials, analyzing the relevance of their materiality in crimes such as influence peddling and bribery, where their presence is essential as a constitutive element of the criminal offense. Through the analysis of Appeal N.° 7-2023, it questions the Supreme Court's interpretation, which considers that corrupting means may be of an immaterial nature. This perspective implies including sentimental situations, such as romantic, friendly, or familial relationships, as corrupt scenarios, thereby advancing the punitive threshold within the criminal attempt and complicating the distinction between social acts and illicit behaviors. A mixed stance, based on Italian doctrine, is presented, advocating the necessity for the materiality of corrupting means but allowing for cases where the corrupting means originate as immaterial, provided that they subsequently take on a material form. This analysis sheds light on the complexity of interpreting regulations in corruption cases and emphasizes the urgency of clarifying the scope of corrupting means within current jurisprudence and legislation. In this way, it seeks a consistent and fair application of the law.

Keywords: *Corrupt means, Bribery, Influence peddling, Corruption, Public official.*

Introducción

Los principios jurídicos son pilares fundamentales para sostener la integridad de un estado democrático de derecho. Son estos principios los que precisan aquello de lo cual es necesario decir la verdad, erigiendo barreras para evitar tergiversaciones, razón por la cual su defensa se convierte en una labor imperativa.

A partir de esta premisa, el presente estudio se aboca a un análisis crítico de la postura adoptada por la Corte Suprema de Justicia. Sala Penal Permanente (2024) en la Apelación N.° 7-2023, la cual se pronuncia acerca de la naturaleza del medio corruptor, planteando la posibilidad de su inmaterialidad. Este pronunciamiento aporta una luz sobre el debate en torno al medio corruptor, en el cual el Tribunal Supremo asume una postura discutible, pues la aceptación de su inmaterialidad nos hace vulnerables a situaciones injustas.

En este contexto, nuestra posición rechaza la inmaterialidad del medio corruptor. Por ende, desarrollamos argumentos concretos que respaldan su tangibilidad, pero considerando situaciones excepcionales donde el medio corruptor nace inmaterial, pero posteriormente adquiere un carácter tangible; asimismo, subrayamos la importancia del medio corruptor en la configuración de los delitos de corrupción de funcionarios, así como las consecuencias de admitir lo contrario.

Finalmente, esta investigación invita a sus lectores a meditar sobre la necesidad de mantener la coherencia entre nuestros principios y nuestras acciones. La ley es una herramienta poderosa que puede tanto beneficiar como perjudicar a cualquier individuo, por lo que es vital situarnos del lado de los fundamentos de un Estado de Derecho.

1. Planteamiento del problema

La Apelación N.º 7-2023, emitida por la Corte Suprema el 9 de enero del 2024, introduce una interpretación que redefine la naturaleza de los medios corruptores, considerándolos tanto materiales como inmateriales, lo que impacta en la configuración de delitos relacionados con la administración pública. A esta interpretación, se le añade una toma de postura relacionada a la protección de la expectativa normativa, planteando que no es necesaria la presencia tangible o patrimonial de un medio corruptor, sino que basta con la existencia de una expectativa normativa que pueda afectar el bien jurídico, anticipando así la barrera punitiva al *iter criminis* interno.

El debate sobre esta interpretación suscita importantes interrogantes legales en cuanto a la delimitación de la barrera del *iter criminis* en los delitos que involucran medios corruptores, cuya comprensión es fundamental para la correcta aplicación de la ley en casos de corrupción de funcionarios y la determinación de responsabilidades penales en situaciones donde los medios corruptores pueden ser de naturaleza inmaterial o en los que incluso no es necesaria su presencia.

En este contexto, resulta fundamental examinar cómo esta interpretación influye en la tipificación de los delitos, la protección del bien jurídico y la garantía de la transparencia e integridad en el ejercicio de la función pública. Por tanto, surge la pregunta: ¿Cuáles son las implicaciones legales de considerar a los medios corruptores como intangibles y cómo afecta esta interpretación en la delimitación de la barrera del *iter criminis* en los delitos que involucran medios corruptores?

2. Antecedentes teóricos

Previo a abordar el problema, en este apartado se desarrollan las contribuciones de insignes jurisconsultos italianos tales como Francesco Carrara, Vincenzo Manzini y Silvio Ranieri. Estos distinguidos pensadores han ejercido una influencia inmarcesible en la conceptualización de los medios corruptores. Asimismo, se analiza el carácter patrimonial de estos, sus diversas tipologías y los específicos delitos de corrupción de funcionarios que encuentran en estos medios su núcleo esencial.

2.1. Naturaleza de los medios corruptores

La corrupción, ese mal secular que ha socavado las bases de numerosas sociedades, ha sido analizada en profundidad por destacados maestros del derecho penal italiano. Entre ellos, tal como apunta Arismendiz (2024), destaca el maestro Francesco Carrara, cuyo trabajo seminal en el "Programa de Derecho Criminal" sienta las bases para entender los orígenes y la naturaleza de los medios corruptores.

En el ámbito del sistema penal italiano, el término *barateria* fue acuñado por primera vez por Carrara (1961), refiriéndose a la venta de la función pública realizada por un magistrado durante el desempeño de sus funciones. Este concepto pionero establece un precedente crucial en la lucha contra la corrupción en la administración pública.

Los códigos penales italianos de Saboyas y de Zanardelli, datados en 1839 y 1889 respectivamente, fueron los primeros en albergar la terminología de delitos de baratería de los magistrados. Estas normativas fueron pioneras en su tiempo, constituyéndose como los primeros y únicos códigos penales de la época que dieron luz a los delitos de cohecho, siendo así los precursores en el tratamiento de los medios corruptores en el ámbito judicial.

Posteriormente, en el siglo XX, el Código Penal italiano de 1930, comúnmente llamado *Di Rocco*, introdujo por primera vez las figuras de cohecho pasivo y activo. El cohecho pasivo se refiere al acto de quien se deja sobornar, mientras que el cohecho activo involucra al sobornador. Esta distinción refleja la complejidad y la dualidad del fenómeno corruptor, y fue concebida por Filippo Grispigni, creador de los delitos de correspondencia (Arismendiz, 2024).

En esta línea, Manzini (1961) indica que la corrupción puede compararse con un germen patógeno que viene de fuera, es decir, es un aeróbico presente en el ambiente. En su tratado de Derecho Penal, aporta una perspectiva innovadora al fenómeno del cohecho, pues argumenta que el concepto de retribución contiene elementos tanto objetivos como subjetivos, implicando un interés personal del retribuyente, junto con la voluntad consciente tanto de retribuir como de aceptar dicha retribución.

El fenómeno de la retribución es fundamental para comprender la naturaleza de los medios corruptores. Si no hay retribución, es decir, si el funcionario actúa sin un interés personal tangible, sino en un escenario amical o moral, el acto no tendría contenido penal.

Manzini (1961) también nos ilumina sobre los motivos sentimentales que podrían influir en la conducta de los funcionarios públicos, tales como la amistad o la compasión, pues sostiene con firmeza que, en ausencia de una retribución tangible, no se configura delito alguno. Por ejemplo, si un oficial público, movido por el lazo de la amistad o por un sentimiento de compasión, promete

llevar a cabo un acto en beneficio de un conocido, dicho acuerdo carece de naturaleza delictiva. El citado autor argumenta que tales actos, aunque moralmente reprochables, no trascienden al ámbito penal ya que no involucran un beneficio material ni una retribución personal tangible.

Según la postura de Manzini, podemos plantear el siguiente caso práctico:

Juan y Ricardo son amigos de la universidad. Juan, un ciudadano común (*extraneus*), tiene un expediente judicial recién ingresado en el despacho donde trabaja Ricardo, quien es auxiliar judicial (*intraneus*). El juzgado en cuestión está abrumado con una gran cantidad de expedientes, algunos con más de un año de antigüedad.

La situación específica es la siguiente:

Un día, Juan llama a Ricardo y le dice:

“Ricardo, tengo un expediente que acaba de ingresar a tu despacho. Estoy solicitando que se haga efectiva una medida cautelar. Hazme el favor de ponerlo en primera opción para que el juez lo vea y pueda ejecutar la medida cuanto antes”.

Ricardo, debido a la amistad que lo une con Juan, decide priorizar el expediente de Juan sobre los otros 100 expedientes más antiguos. Ricardo no solo coloca el expediente de Juan en primer lugar, sino que también habla con el juez del caso, solicitándole que, por favor, resuelva el expediente de Juan según su criterio.

Según los padres del delito de cohecho, es decir, los juristas italianos que desarrollaron la teoría penal sobre los medios corruptores, este hecho no constituye un delito de cohecho, debido a la falta de una retribución personal tangible. En este caso, Ricardo no recibe ningún beneficio económico, regalo, o compensación tangible de parte de Juan. El favor realizado por Ricardo se basa únicamente en su amistad con Juan. Por tal motivo, la ayuda brindada por Ricardo se realiza en un contexto amical, extrapatrimonial y moral, no con la intención de obtener un beneficio material o patrimonial, por lo que no constituyen medios corruptores desde una perspectiva penal.

El antiguo apotegma *timeo Danaos et dona ferentes*, que se traduce como: temo a los griegos, incluso cuando traen ofrendas. Este adagio subraya la precaución que deben tener los magistrados y funcionarios frente a cualquier tipo de dádiva o regalo, sugiriendo que incluso los gestos aparentemente inofensivos pueden albergar intenciones corruptoras. Asimismo, manifiesta que el valor de la utilidad que constituye la *baratería* no tiene importancia, es decir, pone de manifiesto que incluso las dádivas más pequeñas pueden ser vistas con suspicacia y deben ser tratadas con la misma seriedad que cualquier otro tipo de soborno, pero evoca la máxima *numus et munusculum*, que significa regalo y regalillo. Así pues, “ninguno pensará que ofrecer a un

funcionario público un cigarrillo, un sorbo de rapé, un pocillo de café, sea corrupción” (Maggiore, 1972, p. 195).

En esta línea de pensamiento, Ranieri (1972) postula que el medio corruptor únicamente cobra existencia cuando se materializa un concepto de pertenencia. Esto significa que el autor del acto corruptor debe buscar la titularidad sobre el dinero o cualquier bien mueble, manifestando así una relación profunda derivada del derecho de propiedad o de algún otro derecho real. Es decir, sostiene que la pertenencia se circunscribe a bienes muebles susceptibles de apropiación, descartando de manera categórica cualquier utilidad de naturaleza moral.

De esta forma, la doctrina italiana, con su enfoque detallado y riguroso, ha influido profundamente en la conceptualización y tratamiento jurídico de los delitos de cohecho. Según la concepción de los medios corruptores en la doctrina italiana, solo aquellos actos que involucran una retribución tangible y personal, derivada de un interés material o patrimonial, configuran verdaderamente el delito de cohecho. Los gestos amicales o de cortesía, desprovistos de un beneficio material concreto, se excluyen del ámbito penal, relegándose a un plano moral. Asimismo, la retribución personal es el eje central en la definición de la corrupción. Estas perspectivas han sido esencial para diferenciar actos con implicaciones penales de aquellos moralmente cuestionables, pero legalmente permisibles.

2.2. Los medios corruptores

El Código Penal, en su parte especial regula diversos medios corruptores. De hecho, dentro de los trece tipos penales que abordan los delitos de corrupción de funcionarios, con excepción de la negociación incompatible y el enriquecimiento ilícito, se identifican cuatro medios corruptores en el supuesto de hecho: el donativo, la promesa y cualquier otra forma de ventaja o beneficio.

La naturaleza de estos medios corruptores, según señala Rojas (2007), radica en su vínculo con actos que quiebren o intenten quebrar la corrección, profesionalismo e integridad de los funcionarios o servidores públicos en el ejercicio de sus funciones. Es importante destacar que tanto particulares como agentes públicos pueden hacer uso de estos medios.

La presencia de estos medios corruptores juega un papel crucial, ya que la ausencia de cualquiera de ellos durante la comisión del delito invalidaría su existencia. En otras palabras, la identificación de estos medios corruptores es determinante para la configuración del tipo penal correspondiente. Un ejemplo ilustrativo de esto se observa en un pronunciamiento del Tribunal Constitucional, en la sentencia contenida en el Exp. N.º 00228-2017-PHC/TC, donde en el considerando 7, se declararon nulas las sentencias que condenaban al acusado por el delito de

tráfico de influencias debido a la falta de demostración de los medios corruptores, los cuales son inherentes a dicho delito y, por lo tanto, deben ser debidamente acreditados en autos.

2.2.1. Sobre el contenido patrimonial de los medios corruptores

Al respecto, Montoya et al. (2013) presentan un problema existente en la doctrina penal, y es que se discute si un favor sexual o sentimental puede constituir un medio corruptor. Las posiciones divergentes se dividen en las que sostienen que las dádivas solo tienen una naturaleza patrimonial, mientras que otro sector considera que puede ser de cualquier naturaleza.

Las posturas contradictorias expuestas han perdido su razón de ser a raíz de la Naciones Unidas Oficina contra la Droga y el Delito (2003), en el que se aborda esta cuestión de manera esclarecedora, en la que en su artículo 3, establece que no es necesario que los delitos descritos en él ocasionen perjuicio económico directo al Estado. Esto implica que, incluso cuando no se pueda evaluar económicamente el beneficio obtenido por el funcionario, sigue existiendo una desviación del ejercicio de la función pública en detrimento de los intereses generales, por lo tanto, es factible configurar el delito.

En Perú, los favores sexuales aún no han sido claramente clasificados dentro de los medios corruptores de ventaja o beneficio indebido, así pues, tenemos estos distintos pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia. Sala Penal Permanente (2016): La sentencia de Apelación N.º 14-2015, en su considerando décimo octavo, menciona que los favores sexuales se consideran una de las formas de ventaja o beneficio, aunque no especifica cuál. En contraste, la sentencia de Apelación N.º 39-2021-Ayacucho, en su considerando 6.16, los clasifica dentro de los beneficios indebidos (Corte Suprema de Justicia. Sala Penal Permanente, 2022). Asimismo, la Corte Suprema de Justicia. Sala Penal Permanente (2016) en la Casación N.º 988-2016-Áncash, en su considerando cuatro, manifiesta que los favores sexuales pueden interpretarse como una solicitud de ventaja. A pesar de esta precisión, lo cierto es que los favores sexuales están reconocidos dentro de los medios corruptores, desestimando el conflicto normativo con el chantaje sexual propuesto por una parte de la doctrina peruana. En un caso de cohecho pasivo específico, la fiscalía podría imputar a un magistrado por solicitar favores sexuales a cambio de cumplir con sus funciones, alegando que esta conducta ha causado un daño al Estado, en específico, al Poder Judicial.

Según Rodríguez (2006), los medios corruptores están exclusivamente vinculadas a una naturaleza patrimonial, incluso si este es potencial o futuro, tal como sucede con las promesas. En este sentido, resalta que permitir una naturaleza no económica a los medios corruptores podría conducir a la penalización formal de comportamientos socialmente aceptados.

También vale advertir que, los medios corruptores no siempre implican un beneficio económico directo, como indica Díaz (2019), las ventajas y beneficios pueden ser patrimoniales o no patrimoniales. Un ejemplo de beneficio no patrimonial son los favores sexuales, los cuales constituyen una versión especial de estos medios corruptores. Sin embargo, en su mayoría, los medios corruptores tienden a ser patrimoniales y, en todos los casos, son tangibles.

2.2.2. Tipos de medios corruptores

La legislación penal nacional, ha desarrollado una amplia gama de instrumentos corruptores, aunque no siempre de manera coherente. Entre estos se incluyen donativos, promesas, ventajas de cualquier tipo y beneficios, los cuales son utilizados para llevar a cabo diversas modalidades de cohecho o corrupción activa. Estos instrumentos cumplen la función de facilitar o incentivar el comportamiento ilegal por parte del sujeto público. A continuación, se detallan los tipos de medios corruptores, según Rojas (2020):

- a) Donativo.** Se destaca como el medio corruptor por excelencia y se revela como el más frecuentemente utilizado. Presenta las siguientes características:

Materialidad: El donativo es tangible y existe en el mundo material. Puede consistir en cualquier regalo u obsequio con un valor patrimonial, ya sean bienes muebles o inmuebles.

Traducibilidad pecuniaria²: Tiene una naturaleza patrimonial y posee un valor en el mercado. En este sentido, el valor del donativo como medio corruptor ha sido objeto de debate, al respecto, en la casuística peruana, se han dictado condenas por delitos de corrupción incluso cuando los montos patrimoniales involucrados son bajos, como 10 o 50 soles.

Transferibilidad: Es decir, puede ser objeto de intercambio en el tráfico jurídico comercial. Orientación finalista: El donativo debe estar dirigido a obtener una contraprestación, ya sea ilícita o lícita, por parte del funcionario o servidor público.

Idoneidad o suficiencia motivadora: Esta característica aborda a la capacidad del donativo para influir en la voluntad del funcionario o servidor, llevándolo hacia el comportamiento o resultado deseado. Por lo tanto, acciones como obsequios de caramelos, flores u otros actos de cortesía pueden no considerarse relevantes penalmente si ocurren en un contexto

² La importancia de la traducibilidad pecuniaria de los medios corruptores se pone de manifiesto en el caso expuesto por Rojas (2007), donde haciendo referencia a la Ejecutoria del 11 de marzo de 1998 de la Corte Suprema de Justicia. Primera Sala Transitoria (1998), Exp. N.° 5798-97, La Libertad, señala que, si bien existen indicios razonables sobre la comisión del delito de corrupción activa, toda vez que el encausado reconoce haber efectuado la entrega del billete, sin embargo, dada la ineficacia del medio corruptor empleado (billete nominado en intis retirado de la circulación), la conducta del procesado deviene en atípica y no punible por la imposibilidad de consumación. Vemos pues, la importancia del medio corruptor en tener una estimación económica.

de celebración personal del funcionario o servidor, tienen un valor ínfimo y no exceden los límites socialmente aceptados.

- b) Promesa.** Conlleva la existencia de una oferta o una posibilidad de concretarse en un futuro cercano, ya sea de manera inmediata (usualmente condicionada a la realización del acto de función o servicio requerido) o mediata (cuando el agente público ya no ocupa su cargo), sea en forma de donativo o de prestación de ventajas que aumentarán el patrimonio o beneficiarán al funcionario público.

Las características de la promesa deben ser realistas, serias y factibles de cumplir; no deben ser imposibles de llevar a cabo (inexigibles), ni de contenido fantástico (no objetivas o irreales), ni vagas e imprecisas. Además, la promesa y la aceptación del donativo conllevan un acuerdo implícito o explícito de mutua complacencia de índole dolosa. Si el funcionario ejerce coerción para la entrega o promesa, se configura la forma de cohecho mediante condicionamiento; si se emplea intimidación o violencia para obtener la promesa, se incurre en el delito de concusión. Es importante destacar que el cumplimiento o incumplimiento de lo pactado resulta irrelevante, ya que el delito se consuma con la mera promesa (delito de simple actividad y peligro) (Rojas, 2007, pp. 640-641).

Finalmente, es crucial destacar que el contenido de la promesa debe estar directamente vinculado a donativos o ventajas, lo que implica que deberá tener connotación tangible, esto es, material. Es decir, la promesa debe implicar beneficios o ventajas que puedan ser percibidos de manera física o material, en lugar de simplemente ser abstractos o intangibles.

- c) Cualquier otra ventaja.** La categoría de "cualquier otra ventaja" engloba todos los mecanismos corruptores que no pueden clasificarse como donativos o beneficios, es decir, aquellos que no cumplen con las características objetivas del donativo o las particularidades del beneficio.

El código penal considera a "cualquier otra ventaja" como un término abierto, no limitándolo necesariamente a beneficios patrimoniales, lo que incluye, por ejemplo, favores sexuales. Otros ejemplos pueden ser ventajas relacionadas con empleos, descuentos inusuales, ascensos, acceso a información privilegiada, condecoraciones, entre otros. En cuanto a las ventajas que se vierten en favor de terceras personas relacionadas con el agente público, Rojas (2007) indica que estas deben ser objeto de un análisis y evaluación judicial, de este modo, se requerirá esclarecer su conexión con las acciones de los agentes públicos, empleando criterios objetivos como referencia.

Finalmente, debemos agregar que la obtención de una ventaja indebida implica un privilegio injustificado por parte del funcionario público, que está fuera de su ámbito personal. Esta ventaja debe ser objetiva y tener la capacidad de motivar al funcionario.

- d) Beneficio indebido.** El legislador, al incluir el beneficio indebido como medio corruptor, busca reforzar la protección del bien jurídico. Se establece que cualquier acto que no pueda ser clasificado dentro de los medios corruptores tradicionales será considerado un beneficio indebido. Sin embargo, esta definición resulta poco esclarecedora y puede prestarse a confusiones al parecer similar al concepto de "cualquier otra ventaja". Según Rojas, el beneficio indebido está estrechamente ligado al funcionario o servidor público, ya que implica una satisfacción personal, ya sea pretendida o lograda. Este enfoque resalta el aspecto interno del individuo, distinguiéndolo de otros medios corruptores. Por ejemplo, la entrega de fotografías de especial predilección para el sujeto público, lo que le proporciona satisfacciones particulares, sería considerado un beneficio indebido.

2.2.3. La naturaleza tangible de los medios corruptores

En el análisis de los tipos de medios corruptores desarrollados líneas arriba, se advierte que todos ellos se desenvuelven en el mundo ontológico-natural. En este apartado analizaremos si estos a su vez, también tienen el carácter de tangible, entendido como aquel medio corruptor que se pueda tocar o percibir, por alguno de nuestros sentidos, de forma precisa.

Tanto el donativo como la promesa implican la presencia de bienes, servicios o ventajas concretas que pueden ser valoradas económicamente. El donativo, en particular, se destaca por su materialidad, traducibilidad pecuniaria y transferibilidad, por lo que indefectiblemente es tangible.

La promesa, por su parte, también debe tener una connotación tangible, ya que implica ofrecimientos de beneficios futuros o inmediatos que pueden ser evaluados en términos económicos. Además, la categoría de "cualquier otra ventaja" dentro de los medios corruptores no excluye la posibilidad de que estas ventajas sean de naturaleza tangible, como los favores sexuales o los beneficios laborales.

Incluso el beneficio indebido, aunque su definición puede ser menos clara, sigue estando vinculado a la satisfacción personal del funcionario público, lo que implica que, tiene una dimensión tangible, en términos de beneficios o gratificaciones obtenidas.

Sobre este extremo, la postura sostenida por Arismendiz (2018), resalta la importancia de la tangibilidad de los medios corruptores, enfatizando que estos deben ser susceptibles de ser utilizados por el agente delictual. En particular, al referirse a los medios corruptores de "cualquier otra ventaja o beneficio indebido", señala que, si bien el legislador ha adoptado una técnica de

tipificación abierta para castigar conductas contrarias al orden público, es crucial que las dádivas, beneficios personales o favores de terceros tengan una naturaleza tangible.

Por otro lado, Manzanares et al. (2004), nos dice que la dádiva (entendida como lo que se da gratuitamente para intentar o pretender realizar algún cohecho o soborno), tiene indefectiblemente una naturaleza material, es decir, requiere la existencia de algo en el mundo material, esto es, en su representación de un objeto material, pero hace la precisión que, en cuanto los tipos de favores y ventajas, estos no quedarán abordados en el concepto de dádivas, ya que no constituyen objetos materiales, tal como es el caso de un ascenso o favores sexuales.

Bajo nuestra óptica, podemos concluir que los medios corruptores tienden a ubicarse en un plano tangible, por lo que son susceptibles de percepción sensorial, oponiéndose a cualquier manifestación espiritual. Los medios corruptores como el donativo y la promesa, son objetos materiales, por ende, tangibles. Sin embargo, las ventajas o beneficios indebidos, aunque pueden carecer de objetos materiales, también existen en el plano tangible, por lo que pueden ser percibidos e incluso susceptibles de ser utilizados por el sujeto activo, toda vez que existe en el mundo natural.

2.3. Los medios corruptores en los delitos de corrupción de funcionarios

En el Perú³, los delitos de corrupción funcional abarcan a los delitos de cohecho (cohecho pasivo y cohecho activo), la negociación incompatible, el tráfico de influencias y el enriquecimiento ilícito. Los medios corruptores son elementos característicos de los delitos de cohecho y tráfico de influencias, ya que son fundamentales para su configuración. En cambio, los delitos de negociación incompatible y enriquecimiento ilícito no requieren la presencia de un medio corruptor para su tipificación.

En esta sección, nos centraremos en el análisis de los medios corruptores, abordando su desenvolvimiento dentro del contexto delictivo de los delitos de cohecho y tráfico de influencias.

2.3.1. En los delitos de cohechos

En el escenario delictivo, se encuentra un funcionario o servidor público envuelto en un ambiente de medio corruptor, el cual es presentado por un individuo con el objetivo de corromper al sujeto público y así obtener un beneficio personal o para un tercero. En estos casos, al tratarse

³ El Código Penal [CP] (1991) regula a los delitos de Corrupción de funcionarios en su Libro Segundo (Parte Especial), específicamente, en el Título XVIII, Capítulo II, Sección IV.

de delitos de correspondencia, el sujeto que ofrece el medio corruptor, será procesado por cohecho activo y, por su lado, el funcionario o servidor público que lo acepta, por cohecho pasivo.

Para la consumación de los delitos de cohecho pasivo, basta que el sujeto activo entre en el verbo rector, encontrándose vinculado con el medio corruptor, sin necesidad de realizar u omitir un acto de interés del cohechante. En los delitos de cohecho activo, el delito imputable al extraneus alcanza su consumación con el solo intento de corromper mediante donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio al funcionario o servidor público. Entonces, en un caso de cohechos, no es necesario comprobar que el sujeto público se desvió de sus obligaciones, siendo suficiente acreditar que recibió el medio corruptor con la intención de una futura consumación (Reaño, 2001, p. 288).

Como es de notar, es absolutamente relevante la presencia del medio corruptor para determinar la comisión tanto de los delitos de cohecho pasivo como los de cohecho activo. Así lo confirma Salinas (2019) que, haciendo hincapié en el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la República (2016), específicamente en el Recurso de nulidad N.º 1875-2015-Junin, considerando noveno, señala que la conducta del agente, siempre funcionario o servidor público, debe estar presente alguno de los medios o mecanismos corruptores del donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio. Si en determinado hecho investigado llega a verificarse que ninguno de los medios citados concurre, sencillamente el delito de cohecho no aparece.

El medio corruptor trabaja conjuntamente con todos los elementos del tipo penal. En los delitos de cohecho pasivo, se requiere que se presente como agente delictivo al funcionario o servidor público, caso contrario, aunque se presente el medio corruptor, no se configurara el ilícito, verbigracia, un docente de una universidad privada, le solicita a una estudiante mantener relaciones sexuales para aprobarla en un curso, de manera que fija fecha y hora para el encuentro sexual, siendo que la estudiante, buscando obtener la nota aprobatoria, accede a tener intimidad sexual con el docente. En este caso, se presenta un medio corruptor, la relación sexual, sin embargo, el agente no tiene condición de funcionario o servidor público, en atención que se trata de un docente de una universidad privada, por lo cual no se configura el delito.

Asimismo, se debe tomar en cuenta el supuesto en el que se desarrolla el acto delictivo, en el sentido que no se puede imputar la comisión de un delito de cohecho sin que se presente las intenciones corruptas, por ejemplo, un juez tiene relaciones sexuales con una justiciable, en un contexto de enamoramiento y atracción, sin que se presente como finalidad que el sujeto cualificado decida o influya sobre algún asunto sometido a su conocimiento. En esta situación, a pesar de que existe un sujeto con condición especial y un medio corruptor, no hay cohecho debido a que los medios corruptores tienen que encontrarse en disposición causal, es decir, vinculados a

actos de ilicitud de cohecho, ya sean previos o posteriores; agregado a ello, la conducta del sujeto público ameritará una sanción administrativa, mas no penal (Rojas, 2007).

No obstante, como se detalló en páginas anteriores, estas intenciones corruptas van sujetas a un concepto de pertenencia. El funcionario o servidor público debe aceptar, recibir o solicitar el medio corruptor con el ánimo de apropiarse de este. De manera que el medio corruptor ingresa o ingresará definitivamente a la esfera patrimonial del autor delictivo.

Bajo este contexto, Rojas (2007) hace un postulado interesante cuando expresa que los alcances del “beneficio indebido” podrían traer complicaciones, por cuanto este concepto podría extenderse a satisfacciones personales del sujeto público que trascienden lo patrimonial, como motivaciones artísticas, ideológicas, religiosas, entre otras. Tal amplitud alarmante del tipo penal podría incluir toda clase de motivaciones como medio corruptor, diluyendo así los límites necesarios para la intervención penal y transformando el derecho penal en un instrumento de máxima ratio y persecución desmedida. Razonamiento con el que concordamos en parte, pues si bien asumir espiritualidades como medio corruptor traería consecuencias adversas, consideramos que cabe situaciones en las cuales se puede presentar un medio corruptor de carácter intangible y no patrimonial, lo cual se detallara más adelante.

Sumado a ello, en el ámbito procesal, la tangibilidad del medio corruptor es absolutamente necesaria, pues al ser un elemento del tipo penal requiere ser probado en el mundo natural. En ese mismo sentido se pronuncia la Corte Suprema de Justicia. Sala Penal Transitoria (2011), mediante el Recurso de nulidad N.º 2433-2010 Junín, donde señala:

(...) es correcta la absolución del encausado, en tanto que no existen elementos de prueba que acrediten de manera indubitable y en grado de certeza su participación, en el injusto penal determinado, esto es, la solicitud de una ventaja económica para realizar un acto a consecuencia de haber faltado a sus obligaciones (...). (Considerando cuarto)

2.3.2. En el tráfico de influencias

El artículo 400 del Código Penal, castiga a quien, invocando influencias reales o simuladas, recibe, hace dar o prometer para sí o para un tercero el medio corruptor, con el fin de interceder ante un funcionario o servidor público que ha de conocer, este conociendo o haya conocido un caso ya sea judicial o administrativo. En este contexto delictivo, el traficante de influencias actúa como intermediario ante un magistrado o funcionario público a cargo de un caso administrativo, a cambio de apropiarse del medio corruptor otorgado por el comprador de las influencias.

En el escenario delictivo, el traficante de influencias se ofrece a influir en el funcionario a cambio del medio corruptor que busca obtener del interesado. A partir de ello, Arbulu (2021)

precisa que existe un intercambio entre el comprador de influencias y el vendedor de las mismas, lo cual es importante, ya que, si se invoca influencias y no hay recepción del medio corruptor, la conducta no es reprochable penalmente.

En ese sentido, para que el vendedor de influencias realice el servicio de influir en el funcionario público hay una contraprestación, que comúnmente consiste en un beneficio patrimonial o la promesa de recibir el beneficio, ya sea para sí mismo o a favor de un tercero (Abanto, 2003, p. 533).

A lo que se quiere llegar es que para que un hecho se subsuma en el tipo de tráfico de influencias, no basta la sola invocación de influencias del sujeto activo, sino que estas deben estar acompañadas de un donativo, promesa, cualquier otra ventaja o beneficio, siendo los medios corruptores elementos necesarios para perfeccionar el tipo delictivo.

Así también, Peña-Cabrera (2010) afirma que el medio corruptor es el que motiva al agente delictivo a comprometerse a interceder a favor del comprador, ante un funcionario o servidor público que este o haya conocido un caso.

Respecto de la autoría del agente, Rojas (2005, citado por Peña-Cabrera, 2010), resalta la Ejecutoria Suprema contenida en el Expediente N.º 179-2000, la cual señala:

La negativa del acusado resulta un ineficaz intento por evadir responsabilidad que le corresponde en cuanto al ilícito denunciado, habiéndose recibido además la declaración testimonial donde se detalla con precisión las circunstancias y modo en que actuó este procesado, tomando la iniciativa de abordarla y ofrecerle su mediación en el trámite del proceso judicial en el que era parte, siempre que efectuará el pago del dinero en efectivo; que, la restante prueba objetiva que acredita la materialización del delito así como la responsabilidad penal que le cabe al procesado, debe graduarse la pena a imponer conforme a las reglas establecidas en la legislación sustantiva (p. 592).

Bajo estos términos, no basta que el agente delictivo invoque tener poder para influir sobre algún funcionario o servidor público. Se requiere de la conformidad del comprador de influencias, de tal manera que exista un contexto de medio corruptor. Ello se debe a que a menudo se dice que el comportamiento principal es el de invocar, cuando en realidad es solo uno de los medios, junto al ofrecimiento de interceder para recibir, hacer dar o hacer prometer una ventaja cualquiera (Hurtado, 2006, p. 278).

Por otro lado, hacemos hincapié en el carácter tangible y patrimonial del medio corruptor en los delitos de corrupción de funcionarios, ya que aceptar lo contrario da paso a adoptar un sistema de imputación configurador que acepta medios corruptores de carácter espiritual,

permitiendo configurar delitos como el tráfico de influencias, con el solo acuerdo entre el comprador de influencias y el traficante de las mismas en una situación, verbigracia, de amistad; una situación peligrosa en toda la extensión de la palabra.

2.4. Técnica de tipificación del delito de tráfico de influencias

Considerando que la Sentencia de la Apelación N°.7-2023 se aborda el delito de tráfico de influencias, es importante realizar un análisis más detallado, lo que permitirá delinear la naturaleza y la configuración de dicho delito, facilitando la comprensión del contexto jurídico en el que se enmarca esta investigación.

El delito de tráfico de influencias se encuentra regulado en el Código Penal [CP] (1991):

El que, invocando o teniendo influencias reales o simuladas, recibe, hace dar o prometer para sí o para un tercero, donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 2, 3, 4 y 8 del artículo 36; y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

Si el agente es un funcionario o servidor público, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa. (Artículo 400)

Empecemos con el sujeto activo, si atendemos a la redacción del delito, el agente está determinado por la proposición “*el que*”, por lo que, desde el enfoque de los delitos de dominio, se trata de un sujeto común. Es así que, el rol de traficante de influencias puede ser asumido por cualquier sujeto.

El segundo supuesto, se hace referencia a un sujeto cualificado, específicamente, un funcionario y servidor público; sin embargo, Arismendiz (2018, p. 796) advierte que ello no implica que nos encontramos frente a un delito especial o de infracción del deber, ya que, por técnica de tipificación, el supuesto de hecho debe ser subsecuente a la individualización del agente delictivo. Agregado a ello, no puede considerarse un delito especial, debido a que es un supuesto complementario y, por consiguiente, la condición de funcionario o servidor público es una circunstancia agravante específica.

Asimismo, el académico resalta que se trata de un delito de mera actividad y peligro abstracto, por cuanto los verbos rectores “invocar”, “tener”, “recibir”, “dar” y “prometer” son de comisión instantánea, siendo irrelevante si el traficante de influencias realiza la intercesión ante el funcionario o servidor público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo (Arismendiz, 2018, p. 805).

En este delito se presentan tres protagonistas: el traficante de las influencias, el comprador de las influencias y, el funcionario o servidor público, que está conociendo o ha de conocer un caso, ya sea administrativo o judicial. La tipicidad objetiva solo alcanza a los dos primeros, pues el comportamiento del tercero implica la configuración o no del delito de cohecho pasivo (Peña-Cabrera, 2010, p. 578).

Por tanto, el delito de tráfico de influencias se configura con la sola venta de la influencia, sin que el funcionario o servidor público conozca del ilícito. Pero si la situación delictiva llega a conocimiento del sujeto público, y este acepta, recibe o solicita el medio corruptor, con el fin de influir o decidir sobre un asunto en el ejercicio de sus obligaciones funcionales, se va a desactivar el tráfico de influencias, siendo que plan criminal se encaminara hacia el cohecho. De ahí, que el delito de tráfico de influencias sea considerado el acto preparatorio punible del delito de cohecho.

La ejecución del tipo delictivo implica un actuar del agente, de manera que este delito no se puede cometer mediante una conducta omisiva. Al no presentar de manera expresa su configuración mediante la omisión, no puede tratarse de un delito de omisión propia; tampoco es de omisión impropia, por cuanto es de mera actividad y peligro abstracto, y no de resultado⁴.

Sobre el bien jurídico tutelado, se protege el correcto funcionamiento de la Administración pública respecto al ámbito de la justicia jurisdiccional y justicia administrativa. Respecto, al bien jurídico específico, se protege y preserva el prestigio de la administración de justicia jurisdiccional y administrativa, debido a que la conducta delictiva menoscaba a la Administración Pública, al extremo de hacer creer a la sociedad que está solo funciona a través de medios corruptores (Salinas, 2019, p. 726).

Finalmente, respecto al aspecto subjetivo del tipo penal, tiene una estructura dolosa, por cuanto el agente delictivo tiene influencia sobre los jueces o servidores públicos de la administración de justicia, así como al ofrecer interceder está deliberadamente orientando sus acciones hacia colocar en peligro el bien jurídico y a la obtención de un beneficio de índole económica (Rojas, 2007, pp. 798-799).

⁴ Los delitos de omisión propia se caracterizan por presentar un deber expreso en el tipo penal. Por el contrario, los delitos de omisión impropia se infieren del tipo penal, y se presentan en delitos de resultado (Arismendiz, 2018, p. 809).

3. De la problemática planteada

Luego de un desarrollo sucinto respecto a los antecedentes teóricos de los medios corruptores y sus tipologías, así como los delitos que llevan como insumo penal el medio corruptor, corresponde retomar la problemática expuesta, esto es: ¿Cuáles son las implicaciones legales de considerar a los medios corruptores como intangibles y cómo afecta esta interpretación en la delimitación de la barrera del *iter criminis* en los delitos que involucran medios corruptores? Ante la pregunta formulada, debemos abordar los siguientes aspectos:

3.1. Los medios corruptores según la Apelación N.º 7-2023 Corte Suprema

La Apelación N.º 7-2023 se sitúa en el contexto de un proceso judicial originado por un requerimiento del Ministerio Público, mediante el cual se formuló la acusación fiscal contra Kenji Gerardo Fujimori Higuchi, Guillermo Augusto Bocángel Weydert, Bienvenido Ramírez Tandazo y Alexei Orlando Toledo Vallejos, por su presunta implicación en delitos de cohecho activo genérico y tráfico de influencias, en perjuicio del Estado.

Lo resaltante en la apelación analizada no está en la fama de los acusados, sino en el pronunciamiento que hace la Corte Suprema respecto al medio corruptor, lo cual a quienes mantenemos la tesis de la tangibilidad del medio corruptor, es motivo de gran preocupación.

El primer cuestionamiento de la citada apelación se centra en la interpretación del medio corruptor en el delito de tráfico de influencias, y es que, a diferencia del cohecho, donde el medio corruptor es el elemento central y esencial; en el tráfico de influencias, son las influencias y no el medio corruptor, el elemento determinante para su configuración. Así se señala:

Nótese que se trata de un delito de mera actividad, por tanto, a diferencia del cohecho en que el medio corruptor es el protagonista, el cual deber ser identificado o identificable; en el tráfico de influencias, son estas y no el medio corruptor el que colma este delito común. Es suficiente que la influencia sea patente para el traficante corrompido, aunque el beneficio, donativo o promesa nunca se llegue a realizar. (Considerando quinto)

Ello quiere decir que basta que el agente delictivo se atribuya el poder para influir en el funcionario o servidor público, perfeccionando el tipo delictivo. Señalar como elemento protagonista del delito a las influencias, implica asumir que no se requiere de un contexto de medio corruptor. Si bien, no es necesario que el vendedor de influencias obtenga el medio corruptor, si debe haberse presentado un acuerdo entre ambas partes, donde el comprador de influencias se encuentre conforme a la situación corrupta y, además, se presente un traficante con un actuar delictivo impulsado por un medio corruptor.

Eso no es lo más alarmante, ya que, además, establece que el medio corruptor puede ser extra patrimonial y de naturaleza inmaterial. Así se precisa:

A mayor abundamiento, el medio delictivo o corruptor es el donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio; y, como tal, puede ser de contenido patrimonial o extra patrimonial; esto es, en cuanto a la ventaja, según KINDHÄUSER, HILGENDORR y CRAMER, se define como cualquier prestación material o inmaterial que no sea objeto de un reclamo legal exigible y que mejora objetivamente la situación legal, económica, incluso personal del receptor. (Considerando sexto)

Sostener la inmaterialidad del medio corruptor, conlleva a que los tipos delictivos pertenecientes a los delitos de corrupción de funcionarios entren en un sistema configurador de carácter espiritual. En el caso de tráfico de influencias, bastara un acuerdo banal entre el comprador y vendedor de influencias con la finalidad de que este último interceda ante un sujeto público que este conociendo, haya conocido o este por conocer un caso judicial o administrativo, sin necesidad de considerar la tangibilidad del medio corruptor, para que se configure el delito de tráfico de influencias.

La posición de la Corte Suprema se reafirma cuando señala "(...) en este supuesto, se protege la expectativa normativa que tiene la sociedad respecto a que los intervinientes, particular, funcionario o servidor público, no abusen de las influencias que poseen o pretenden ostentar, y pongan en peligro los intereses sociales" (considerando séptimo). Así que no requieren de un medio corruptor de naturaleza tangible y patrimonial para configurar el tipo delictivo, pues al proteger la expectativa normativa, se adelanta la barrera punitiva, por cuanto es suficiente la posibilidad de lesionar el bien jurídico tutelado para consumir el tipo penal.

Es evidente la complicada situación que ha surgido a raíz del pronunciamiento de la Corte Suprema. Su razonamiento ha alterado significativamente la naturaleza tangible del medio corruptor, permitiendo que se consideren como supuestos delictivos meros contextos, como relaciones amistosas. Además, se ha llegado al extremo de prescindir del medio corruptor para configurar el delito de tráfico de influencias.

3.2. De los criterios jurisprudenciales

Teniendo en cuenta que, bajo la lógica de la Corte Suprema, no es necesario que exista el medio corruptor tangible o patrimonial, es decir, que no es necesario que exista la presencia de donativo, promesa, ventaja o beneficio indebido, sino que solo basta que en el mundo real exista una expectativa normativa, que vendría ser la posibilidad de lesionar el bien jurídico, siendo esto

insumo suficiente para que se consuma el delito, a continuación, se presentan diversas sentencias que dicen lo contrario:

- a) Sentencia contenida en el Exp. N.°00228-2017-PHC/TC.** El Tribunal Constitucional, el 6 de marzo de 2018, respondió a un hábeas corpus presentado en razón que no se habría indicado la manera en cómo se probó los elementos configuradores del tipo penal, en cuando a los medios corruptores. Al respecto, se asumió la tesis en la que es necesario que se demuestre la constitución de los medios corruptores, no basta con la sola declaración de estos, indicando:

En consecuencia, en las resoluciones cuestionadas no se habría expresado cómo se habría configurado el tipo penal de tráfico de influencias, puesto que, si bien se mencionan las llamadas telefónicas por parte del favorecido, faltaría un elemento constitutivo del tipo penal referido al pago o promesa de recibir, hacer dar o hacer prometer; es decir, los medios corruptores (donativo, promesa o cualquier otra ventaja y con el ofrecimiento de algo), que corresponden al comportamiento típico del delito de tráfico de influencias que debieron ser acreditados en autos, por lo que dichas resoluciones no se encuentran debidamente motivadas. (Considerando sexto)

- b) Recurso de nulidad N.° 2298-2014, Callao.** La Corte Suprema de Justicia de la República, el 29 de octubre de 2015, emitió un pronunciamiento en el que trabajó una tesis que aborda la necesidad de acreditar el medio corruptor, indicando lo siguiente:

(...) no obstante, para que se configure el tipo penal antes descrito, la conducta de Meneses Castañeda debe encuadrarse dentro de una de las modalidades que exige el delito de cohecho activo genérico, esto es, que tal pliego interrogatorio se haya obtenido mediante donativo, ventaja, promesa o beneficio para que un funcionario o servidor público, realice u omita actos violando sus obligaciones, hecho que no ha quedado acreditado tras el despliegue de la actuación probatoria durante el desarrollo del proceso. (Considerando cuarto)

- c) Recurso de nulidad N.° 457-2018, Puno.** La Corte Suprema de Justicia de la República, el 6 de noviembre de 2018, se pronunció a un recurso de nulidad en el que el encausado expresaba entre sus agravios, la infracción del principio de imputación necesaria. En este pronunciamiento, estableció que lo imprescindible en la imputación es expresar la tipicidad y la punibilidad del delito, sin que sea absolutamente precisar la fecha exacta de cuándo se produce el requerimiento del dinero al *extraneus*, indicando:

Como puede observarse, al contrario de lo expuesto por el sentenciado JAIME SIXTO PACHECO CONDORI, sí se dio cumplimiento al principio de imputación necesaria. Para los efectos de la tipicidad y la punibilidad del evento atribuido no era absolutamente imprescindible precisar con exactitud el día en que se produjo el requerimiento de dinero a Lourdes Roxana Calsín Calsín. Lo relevante es que aquello se materializó durante el mes febrero de dos mil ocho y la entrega se efectivizó el cinco de marzo del citado año. (Considerando quinto)

De forma que, en el caso en concreto, el principio de imputación necesaria se cumple cuando se expresa cuándo se materializa el delito y la efectivización del dinero.

d) Recurso de Nulidad N.º 1875-2015, Junín. La Corte Suprema de Justicia de la República, el 12 de enero de 2016, bajo el mismo orden de argumentación, citando a Salinas Siccha, indicó:

(...) La prueba del hecho, desde luego, debe abarcar la existencia de un acuerdo previo o pacto venal en orden de aceptar o recibir, solicitar y condicionar un acto funcional a un donativo, promesa o ventaja, la cual incluso debe de precisarse, por lo menos, en sus contornos mínimos que la hagan identificable. Si no se verifica que ninguno de esos medios concurre, sencillamente, el delito no aparece. (Considerando octavo)

e) Disposición N.º 5 contenida en la Carpeta Fiscal N.º154-2018. La Fiscal de la Nación, en ese entonces la Dra. Zoraida Ávalos Rivera, el 11 de julio de 2019, dispuso el archivo definitivo sobre la presunta comisión de los delitos de patrocinio ilegal y tráfico de influencias, el motivo del archivo definitivo fue la ausencia de empleo de los medios corruptores, así indicó:

(...) Se aprecia, por tanto, la ausencia de empleo de medios corruptores, el uso de éstos es lo que torna precisamente la conducta en ilícita y justifica su criminalización. Durante el diálogo telefónico entre el investigado César Eugenio San Martín Castro y Walter Ríos Montalvo, no se constata que el primero de los mencionados ofrezca algún donativo o promesa, ni entrega de dinero, beneficios o ventajas presentes o futuras a cambio que Walter Ríos Montalvo se comuniquen con la juez a cargo del proceso de interdicción [...]. (Considerando treinta y siete)

En virtud de los diversos criterios jurisprudenciales expuestos, se confirma que el medio corruptor es un elemento imprescindible para la consumación de los delitos como el cohecho y

tráfico de influencias. Estos criterios recalcan la necesidad de demostrar la presencia de donativos, promesas o ventajas o beneficios indebidos, ya que, sin la materialización de estos medios, el delito no puede ser considerado como consumado. Es fundamental comprender que la mera expectativa normativa no es suficiente para configurar el tipo penal, sino que es esencial la intervención real de medios corruptores en el mundo concreto. Por tanto, estos precedentes jurisprudenciales reafirman la importancia de la existencia de los medios corruptores como condición sine qua non para la configuración del delito de tráfico de influencias.

3.3. Consecuencias de considerar a los medios corruptores como intangibles

En la Apelación N.º 7-2023, la Corte Suprema amplió la definición del medio corruptor, incluyendo tanto prestaciones materiales como inmateriales. Esto plantea la pregunta de si los sentimientos, anhelos y deseos podrían ser considerados también como elementos que contribuyen a configurar el medio corruptor. Esta ruptura en la percepción de la tangibilidad de los medios corruptores implica un adelantamiento de la barrera punitiva en la consumación del tipo penal.

El delito de tráfico de influencias es un delito de mera actividad, lo que hace punible los actos preparatorios. La nueva interpretación de la Corte Suprema busca adelantar esta barrera punitiva, considerando que estos delitos pueden ser vistos como tipos penales de emprendimiento. Esto implica que la punibilidad se extienda más allá de los actos preparatorios punibles, alcanzando incluso los elementos internos como las emociones, pensamientos, anhelos y deseos.

En concreto, la Apelación N.º 7-2023 establece que para que se configure el delito de tráfico de influencias, ya sea real o simulado, es suficiente con que exista un acuerdo entre el comprador y el vendedor de la influencia, con el propósito de afectar la correcta administración pública en un expediente judicial o administrativo que esté siendo conocido, haya sido conocido o vaya a ser conocido por el funcionario o servidor público. Esto significa que basta que el comprador y el vendedor de la influencia se pongan de acuerdo bajo un escenario perverso, sin considerar la tangibilidad del medio corruptor, para que se pueda consumir el delito, esto es una interpretación preocupante.

En cuanto a las influencias simuladas, el considerando séptimo de la Apelación mencionada expresa que se protege una expectativa normativa. Este término, que proviene del pensamiento de Günther Jakobs, sostiene que la comisión de un delito no solo aborda la lesión del bien jurídico protegido, sino también la defraudación de las expectativas.

Las expectativas normativas provienen del Derecho penal del enemigo, como plantea Jakobs (2012), este derecho explora cómo el Estado debe enfrentar a aquellos que no solo

transgreden la ley, sino que son percibidos como amenazas constantes al orden jurídico. Este enfoque permite al Estado imponer medidas preventivas severas, como la custodia de seguridad o el internamiento psiquiátrico, despojando al infractor de su humanidad al tratarlo no como una persona con derechos, sino como un peligro inminente. En este contexto, el individuo coaccionado deja de ser visto como un ser racional, ya que se le despersonaliza, es decir, se le merma de su estatus de persona, con la justificación de la imperiosa necesidad de salvaguardar a la sociedad. En contraposición, el "Derecho penal del ciudadano" se centra en la reacción a delitos ya consumados, buscando no solo reparar el daño infligido, sino también restaurar el orden social.

Según Jakobs y Cancio (2003), en este marco, el autor del delito no es considerado como una persona, sino más bien como una amenaza, un medio para intimidar a otros, esto es, una fuente de peligro. En otras palabras, se le percibe como un individuo peligroso. En este sentido, el Estado puede adoptar dos enfoques frente a los delincuentes: uno que los ve como personas que han cometido errores y otro que los considera individuos cuya capacidad de perturbar el orden legal debe ser coaccionada para prevenir futuros daños, esto es, violar el ordenamiento jurídico.

Esta concepción del Derecho penal del enemigo implica una estrategia de eliminación de un peligro, donde la punibilidad se anticipa a la comisión del delito, es decir, la barrera punitiva se adelanta al ámbito de la prevención y la pena se dirige hacia al aseguramiento frente a potenciales actos delictivos, con el fin de proteger una expectativa normativa (Jakobs y Cancio, 2003, p. 40).

Respecto al *iter criminis*, o camino del crimen, abarca todo el proceso que conduce a la comisión de un delito, desde su gestación en la mente del sujeto activo hasta su ejecución e incluso hasta agotarla. Este proceso, según Maradiaga (2009), se desglosa en dos fases fundamentales:

1. **Fase interna**⁵: Aquí se gesta la idea del delito, incluyendo la ideación, los temores y la decisión de cometer el acto ilícito. En esta fase, el comportamiento del sujeto no necesariamente se exterioriza, permaneciendo en el ámbito de la reflexión interna. El derecho penal no sanciona esta fase, conforme al principio *poenam nemo patitur*, que establece que los pensamientos no son punibles.
2. **Fase externa**: En esta etapa, se manifiesta externamente la voluntad delictiva por parte del agente. Sus acciones en el mundo real pueden representar una amenaza tangible para la sociedad, ya que indican una predisposición real hacia la comisión del delito, es decir, de transformarse en una realidad peligrosa.

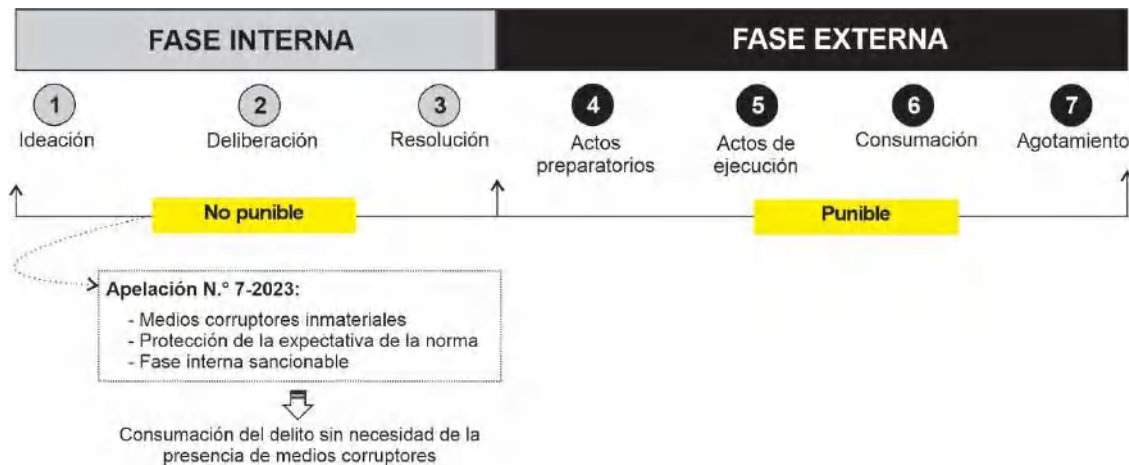
⁵ Siguiendo a Valderrama (2021), el sujeto activo tiene una idea de una acción delictiva, la cual será sometida a una autocrítica, en este punto, la idea puede llegar a desvanecerse o reafirmarse, en caso suceda la segunda, nos encontraremos en la etapa de la resolución, en la que el sujeto activo tiene una determinación mental en cometer el ilícito.

En la consumación de un tipo penal, el sujeto activo inicia en los actos preparatorios internos, esto es, la idea criminal nace en el mundo interno de este, de sus ideas o pensamientos delictivos. Sin embargo, para que una conducta sea punible desde la perspectiva del derecho penal, es necesario que estos pensamientos se exterioricen en actos preparatorios externos, evidenciando una intención delictiva tangible. El derecho penal se centra en sancionar los actos objetivos y subjetivos que vulneran un bien jurídico protegido por la ley, como lo establece el artículo 2, numeral 3 de nuestra Constitución.

Si consideramos el carácter intangible de los medios corruptores según los términos de la Apelación N.º 7-2023 y la lógica de protección de la expectativa normativa, una simple conversación amistosa podría ser suficiente para constituir el delito de tráfico de influencias. Esto significa que la posibilidad de lesionar el bien jurídico, incluso en la fase interna del iter criminis, sería sancionable.

Figura 1

Esquema de las fases del iter criminis en delitos de tráfico de influencias según la interpretación de la Corte Suprema



Nota: Este grafico representa las fases del *iter criminis*, destacando la interpretación de la Corte Suprema en el delito de tráfico de influencias, al considerar los medios corruptores inmateriales y prescindir de los medios corruptores tangibles, adelanta la barrera punitiva a la fase interna del proceso delictivo.

Un ejemplo ilustrativo de esta situación se da entre María y Pedro en el Juzgado Civil de Chiclayo. Manuel, siendo juez en ese tribunal, cuenta con Pedro como su asistente, quien casualmente es amigo de María desde la universidad. En una conversación entre estos amigos, María expresa sus preocupaciones de manera clara y audible:

María: Estoy bastante preocupada. El juez con el que trabajas está a punto de tomar una decisión sobre un expediente en el que estoy solicitando la nulidad de un acto jurídico. Es crucial para mí que la decisión judicial sea a mi favor, ya que esto podría tener un impacto significativo en mi vida, me abriría la oportunidad de estudiar una maestría en el extranjero. Me gustaría que hablaras con el juez para que me escuche y comprenda la verdad de los hechos.

Pedro: No te preocupes, amiga. Casualmente, el próximo sábado jugaré fútbol con él en el Colegio de Abogados. Aprovecharé esa oportunidad para hablar con él y exponer tu situación. Haré todo lo posible para que entienda tu posición y tome la decisión adecuada.

María: Gracias, Pedro. Me da mucha tranquilidad saber que contarás mi versión de los hechos.

En este ejemplo, el acuerdo entre María y Pedro, según la lógica de la expectativa normativa, constituye tráfico de influencias ante la Corte Suprema. Esta interpretación se basa en que no es necesario un medio corruptor tangible o patrimonial, como un soborno directo o una promesa de favores específicos. Es suficiente con la creación de una expectativa normativa, es decir, la posibilidad de influir en una decisión judicial que podría afectar el bien jurídico en cuestión. Esta expectativa normativa es considerada como un elemento suficiente para consumir el delito, lo que representa un adelantamiento de la barrera punitiva. En este contexto, la fase interna se convierte en un elemento concomitante configurador del medio corruptor, lo que significa que se está sancionando los sentimientos, anhelos y deseos de las partes implicadas.

Desde la perspectiva de la Corte Suprema, se analizará la Carpeta Fiscal N.º 154-2018, específicamente en relación con la Disposición N.º 5 (archivo definitivo) que fue expuesto anteriormente. El caso se centra en una llamada realizada por César Eugenio San Martín Castro a Walter Benigno Ríos Montalvo, con el propósito de verificar el avance de un expediente, lo que desencadenó una investigación.

En la referida disposición, considerando 36, se indica que en el momento en que se produjo el diálogo telefónico, ya se había dictado la sentencia del proceso de interdicción que se pretendía impulsar. Además, se menciona que el proceso había excedido el tiempo estipulado por la normativa y que uno de los co-demandados, César San Martín, no había recibido notificación mediante cédula. Surge entonces la pregunta crucial: ¿Puede configurarse el delito de tráfico de influencias si ya se emitió una decisión judicial? La respuesta es afirmativa, ya que este delito no requiere necesariamente que la decisión se haya ejecutado. Se puede evidenciar esto en el verbo

"prometer" o cuando se menciona que el funcionario público "haya conocido el caso judicial o administrativo".

El audio en cuestión, que data del 14 de marzo de 2018, presenta a César Eugenio San Martín Castro, Juez Supremo, y Walter Benigno Ríos Montalvo, entonces Juez Superior y presidente de la Corte de Justicia del Callao, como interlocutores. Aquí un extracto:

César San Martín: Hola, ¿cómo estás hermano? Te llamo del tema de mi hermana como sabrás que ya se confirmó la resolución que declaran la interdicción, ya en el Cuarto Juzgado de Familia.

Walter Ríos: Correcto

César San Martín: Y hasta ahora no se remite a la comunicación a SUNARP y RENIEC para la inscripción

Walter Ríos: ¡Correspondiente!

César San Martín: Yo pue, ya el escrito está presentado hace dos semanas, desde que se levantó ya, bueno desde que se superó las vacaciones y te pido eso pue, dile a la jueza (...)

César San Martín: 3525-2017 es el Cuarto Juzgado de Familia

Walter Ríos: Si si lo tengo acá anotado, no se preocupe doctor

César San Martín: Por favor, presiona eso, (...) (Considerando ocho)

En el momento de esta comunicación, antes de que se interpretara que los medios corruptores podían ser tanto materiales como inmateriales, este acto no constituía tráfico de influencias. Se trataba simplemente de una comunicación amistosa entre dos magistrados, en la que uno solicitaba al otro que intercediera en el trámite de interdicción del expediente N.º 03525-2017. Como se observa, no hay indicios de que César San Martín ofreciera algún medio corruptor a cambio de la intervención de Walter Ríos Montalvo ante la jueza encargada del caso de interdicción. Por lo tanto, el caso se archivó debido a la ausencia de un medio corruptor.

Si ahora consideramos la naturaleza inmaterial de los medios corruptores, según los términos de la Apelación N.º 7-2023, esta comunicación o acuerdo amistoso, bajo la lógica de la protección de la expectativa normativa, sí constituiría tráfico de influencias. Esto se debe a que no se requiere la existencia de un medio corruptor tangible o patrimonial, como un acuerdo en el que se reciba, hace dar, promete para sí o para un tercero, donativo, promesa, cualquier ventaja o beneficio, basta con que exista una expectativa normativa en el mundo real, es decir, la posibilidad de afectar el bien jurídico, lo cual sería insumo suficiente para consumir el delito.

La lógica de la Corte Suprema ha trastocado en todo su esplendor la connotación típica de la naturaleza tangible del medio corruptor y la necesidad de que este ocurra en el mundo material para configurar el delito. Ahora se establece que el medio corruptor no es necesario. Bajo estos argumentos, se podría condenar al Juez Supremo César Eugenio San Martín Castro como instigador del delito de tráfico de influencias⁶. Es importante destacar que César Eugenio San Martín Castro figura como Juez integrante de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema que resolvió la Apelación N.º7-2023.

3.4. ¿Solo medios corruptores tangibles?

En el transcurso de nuestro análisis, hemos defendido con firmeza la tesis del carácter tangible del medio corruptor. No obstante, es menester efectuar una precisión: existe un supuesto bajo nuestra consideración en el cual el medio corruptor podría iniciar con un carácter intangible y posteriormente, devenir en una situación tangible y patrimonial.

Se abre así una ventana para explorar una postura intermedia, que conjuga los criterios tangibles-patrimoniales e intangibles-no patrimoniales. Aunque la doctrina y la jurisprudencia no han desarrollado exhaustivamente esta perspectiva mixta, consideramos su exploración pertinente, pues hay situaciones excepcionales donde podría aplicarse la combinación de ambos enfoques.

Consideremos, a modo de ilustración, un escenario donde el medio corruptor comienza con un trasfondo espiritual y culmina con una connotación patrimonial. Verbigracia, iniciamos con una situación de amistad, favores políticos, entre otros, que en principio no constituyen medios corruptores. No obstante, dicho influjo, sobre todo en la promesa, advierte a corto plazo una expectativa patrimonial. Un ejemplo paradigmático es el de los favores amicales en relación con el indulto, o en una actividad destinada a recaudar fondos para sostener una campaña política, iniciados en el ámbito de favores amicales. ¿Qué ocurriría si ese favor conlleva una promesa a corto, mediano o largo plazo, introduciendo un medio corruptor patrimonialmente tangible?

Imaginemos que una amistad entre un empresario y alguien que anhela ser presidente de la república, pero esta amistad, en apariencia inocua y desinteresada, comienza a adquirir un matiz diferente. El empresario, enfrentando cargos graves y una posible condena, insinúa su esperanza de recibir un indulto presidencial en el futuro a cambio de financiar parte de su campaña política. Aunque al principio este anhelo se presenta de manera sutil y sin compromiso explícito, la situación

⁶ Ello de conformidad con el IX Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, en el Acuerdo Plenario N.º 03-2015/CIJ-116, parafraseando el fundamento once, se establece como doctrina legal considerar al comprador solicitante de influencias como instigador cuando sus actos en fase previa a la ejecución haya creado o reforzado la resolución criminal en el vendedor de influencias mediante un influjo psíquico.

cambia drásticamente cuando el empresario ofrece financiar generosamente una nueva campaña electoral del funcionario, con la implícita expectativa de obtener el indulto deseado.

En esta misma sintonía, imaginemos una reunión de cócteles donde, con fines de recabar fondos, cada copa tiene un valor de mil dólares. Usted adquiere dicho cóctel, pero explícitamente dice: << Te doy estos mil dólares, pero cuando llegues a la presidencia, otórgame un trabajo o una licitación de una obra de tal magnitud>>. Aquí, la transacción comenzó con una figura amical, pero encierra una promesa patrimonial a corto o mediano plazo. La entrega de una obra o un beneficio patrimonial es palpable y tangible, por lo que no debe ser pasado por alto.

Es necesario considerar que los delitos de corrupción, los cuales poseen elementos ya sean descriptivos o normativos, frecuentemente se originan en contextos amicales. Así, el recorrido de estos influjos es mayormente espiritual, pero en la medida que desembocan en un beneficio patrimonial, se configuran como delito, sobre todo en la modalidad de promesa. No obstante, si inician y concluyen con connotaciones puramente espirituales, el medio corruptor carece de contenido penal.

En los ejemplos previamente esbozados, es crucial que el aspirante a la presidencia de la república logre efectivamente dicha investidura. Recordemos que, en las figuras de cohecho, una de las partes ha de poseer un carácter especial, es decir, ser un intraneus. No obstante, no es imperativo que el presidente electo cumpla efectivamente con indultar a su amigo o concederle una licitación, ya que las figuras de cohecho son delitos de peligro. En estos, no existe un baremo definido de espacio y tiempo entre la causa y el efecto. Así, la mera promesa o expectativa de un beneficio patrimonial futuro basta para encuadrar la conducta en el tipo penal correspondiente, sin necesidad de que se materialice el beneficio ofrecido.

Así pues, se puede concluir que adoptar posturas extremas –ya sea de tangibilidad exclusiva o la intangibilidad absoluta– puede conducir a la impunidad o a excesos injustificados. Es, por tanto, necesario hallar un punto de equilibrio donde siempre deba culminar en una situación tangible cuando se trate de la modalidad de promesa o entrega. Solo así se puede evitar caer en las formas extrapatrimoniales que desvirtúan la esencia del derecho penal en la lucha contra la corrupción.

3.5. Criterios jurisprudenciales que malinterpretan la naturaleza de los medios corruptores

Como se mencionó anteriormente, conceptos como el beneficio indebido o cualquier otra ventaja, son conceptos abiertos, que da paso a considerar como medios corruptores a aquellos que no son los tradicionales. Esto permite a los jueces, en menor o mayor medida, ampliar la naturaleza del medio corruptor. Un ejemplo de ello es el pronunciamiento de la S. P. E. Corte Suprema de Justicia de la República (2018), en la Apelación N.º 2-2018-1 Lima, cuyo texto señala:

(...) El funcionario puede aprovecharse de su cargo y el poder que lo acompaña para satisfacer sus necesidades que pueden ser diferente índole, y desde luego puede presentarse o efectuarse mediante donativos, promesas, ventajas o beneficios. En algunos casos el medio corruptor tendrá connotación económica, pero en otros no. Todo ello en relación con los diferentes tipos de necesidades humanas. Abraham Maslow contempla hasta cinco grupos de necesidades: fisiológicas, de seguridad, de pertenencia y amor, de estima, y de autorrealización. Cada una de ellas contempla diferentes y variadas manifestaciones; por ejemplo, en el ámbito de las necesidades de autorrealización, estas se manifiestan tanto en los aspectos del desarrollo físico como psicológico o social. (Considerando 7.2.4., vii)

En este pronunciamiento judicial, se relaciona la no patrimonialidad del medio corruptor con la clasificación de necesidades humanas de Abraham Maslow, con lo cual se entiende que todo lo que satisfaga las necesidades humanas puede ser un medio corruptor. Así, bajo esta perspectiva, si nos ubicamos en la “necesidad de amor”, será considerado como escenario corrupto las relaciones amorosas, familiares, amicales o de compadrazgo.

En esa misma línea, la Corte Suprema de Justicia de la República (2023), en la Apelación N.º 71-2023, se pronuncia sobre el medio corruptor, en los siguientes términos:

Las conductas que sanciona el Código Penal con el delito de cohecho pasivo son cuatro: aceptar, recibir, solicitar y condicionar. (...) Cuando el Código Penal menciona que existe un beneficio indebido, este no necesariamente tiene que ser económico, ya que también puede tratarse de un favor sexual, sentimental, político, académico, entre otros (...). (Considerando 3.3)

En comparación con el primer pronunciamiento, este resulta ser más concreto al abordar la naturaleza del medio corruptor, al señalar que el medio corruptor puede ser de índole sentimental. Un ejemplo es el caso de Vladimiro Montesinos, quien, en un contexto de tráfico de influencias, utilizó como medio corruptor la continuidad y estabilidad de una relación sentimental. Así, la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, en el Recurso de Nulidad N.º 1401-2003-Lima ha manifestado:

Que, la Sentencia Recurrida se encuentra debidamente fundamentada, y en efecto, conforme en ella se concluye, el delito instruido está fehacientemente acreditado, así como la responsabilidad penal de los procesados, Vladimiro Montesinos Torres ó Vladimiro Lenin Montesinos Torres en su calidad de autor, y Jacqueline Antonieta Beltrán Ortega y Antonio Vera Juárez en su calidad de instigadores, siendo estos últimos quienes a fin de obtener una

ventaja traducida en la obtención de resoluciones judiciales que favorecieron tanto a Vera Juárez como al hermano de Beltrán Ortega, Félix Américo Pérez Ortega, originaron la conducta delictiva de Montesinos Torres, el mismo que también obtuvo un beneficio personal al mantener y estabilizar su relación sentimental con Beltrán Ortega. (Considerando primero)

Este tipo de pronunciamientos demuestra que nuestra jurisprudencia no limita los medios corruptores a elementos materiales. Al aceptar a medios corruptores de índole inmaterial, como vínculos sentimentales, se amplía la interpretación sobre cómo puede originarse un escenario corrupto.

3.6. La normativización del tipo penal para garantizar la objetividad y evitar abusos interpretativos

La normativización de los tipos penales implica la utilización de criterios normativos para determinar la responsabilidad penal, reemplazando los antiguos criterios ontológicos de las escuelas casualistas y finalistas.

Entre los teóricos que abogan por la normativización del Derecho Penal, destaca Claus Roxin. Para este ilustre maestro, la normativización de los tipos penales implica su objetivación, eliminando elementos psicologizantes y trasladando la imputación a criterios estandarizados. De este modo, se dota a los tipos penales de una construcción objetiva tanto en su probanza como en su redacción, en lugar de basarse en un enfoque ontológico.

En ese mismo sentido, Arismendiz (2018) profundiza en la normativización del tipo penal. De manera que nos explica cómo se desarrolla en su dimensión objetiva:

(...) responsabilidad penal solo encuentra aceptación y legitimidad social, en la medida que en cada caso concreto se analice concienzudamente indicadores propios del tipo objetivo, como son el estatus del ciudadano en una sociedad determinada (elementos referentes al sujeto) los roles del ciudadano en sociedad— rol general y especial— mediante el cual se puede advertir la defraudación de expectativas sociales (elementos referentes a la conducta) y los criterios de atribución propios de la imputación objetiva, que nos advierten la creación de riesgos relevantes o irrelevantes en el curso causal del hecho punible tanto de la conducta como del resultado (elementos concomitantes), en ese sentido el tipo objetivo deja ser una mera expresión causal de atribución convirtiéndose en un indicador de atribución que exige análisis valorativo de diversos factores de atribución (p. 870).

Asimismo, el académico desarrolla la normativización del aspecto subjetivo del tipo penal. La dimensión subjetiva del tipo no debe basarse en los estándares internos psíquicos del agente delictivo, ya que estos son inciertos e indefinidos cuando son evaluados por el juez. En el contexto de los delitos dolosos, para determinar si el autor era consciente del carácter prohibido de su acción, es esencial especificar si las competencias de conocimiento exigidas al autor, ya sea por su rol general como ciudadano o por roles especiales, pueden ser razonablemente demandadas, teniendo en cuenta sus circunstancias personales (Arismendiz, 2018).

Entonces, se pretende un sistema jurídico penal que abandone conceptos excesivamente abstractos, exigencias lógico-formales desmedidas y restricciones ontológicas descontextualizadas. La meta es desarrollar un pensamiento sistemático más complejo y refinado, enfocado en la resolución justa de los casos, abordando problemas específicos y tomando decisiones basadas en los hechos presentes (Díez, 2022, p. 31).

La normativización de todos los tipos penales es crucial, especialmente en los casos de corrupción de funcionarios. Los verbos como "dar", "recibir" y "solicitar" son ónticos, lo que significa que están vinculados con la naturaleza del ser y los movimientos corporales. De manera similar, los conceptos de medio corruptor como el donativo, la promesa, cualquier otra ventaja y beneficio indebido se describen principalmente desde una perspectiva ontológico-natural, es decir, están redactadas bajo un plano natural que refleja la realidad de las interacciones humanas.

Como se evidencia, en los delitos de corrupción de funcionarios tanto los verbos como los medios corruptores están redactados bajo un enfoque óntico-natural. Esto permite la inclusión de conceptos como la moral, las buenas costumbres y el buen nombre. Sin embargo, estos conceptos son superficiales y exagerados, y deben eliminarse para evitar interpretaciones subjetivas y abusivas.

Existen diversos pronunciamientos que plantean un constructo moral de los delitos de corrupción de funcionarios. Un ejemplo, la Corte Suprema de Justicia de la República (2015), puesto que en el Acuerdo Plenario N.º 3-2015/CIJ-116, fundamento jurídico catorce, se establece que el bien jurídico tutelado respecto al delito de tráfico de influencias, en el caso de las influencias simuladas, es el prestigio y buen nombre de la administración pública.

Desde nuestra perspectiva, considerar el buen nombre de las instituciones del Estado como objeto de protección resulta una anomalía en términos de la cientificidad del Derecho. Teóricos como Hans Kelsen conceptualizaron el Derecho como una técnica social de un orden coactivo, distinguiéndolo de otras órdenes sociales como la moral o la religión (Tord, 2013). Esta separación es fundamental para mantener la objetividad en el sistema de justicia penal. En ese sentido, constructos morales como el mencionado, resultan ser asistemáticos y anacrónicos.

Este enfoque nos remite a una época en la que prevalecía una sociedad conservadora, donde las instituciones estaban sometidas a ideas moralistas. Un ejemplo de ello es el CP (1863), en el cual, mediante el delito de adulterio⁷, se protegía el honor y el buen nombre del varón ofendido, evidenciando un sesgo prejuicioso y subjetivo.

Las construcciones moralistas en el Derecho Penal resultan perjudiciales, dado que facilitan interpretaciones subjetivas y abusivas, no solo en relación con los delitos de corrupción de funcionarios, sino también con respecto a todos los tipos penales en general. En consecuencia, la normativización se presenta como una medida indispensable para prevenir tales abusos. De esta manera se contribuirá a limitar las interpretaciones subjetivas y fortalecerá la objetividad en la aplicación de la ley.

4. De la toma de postura

Volviendo a la pregunta supra, consideramos que la interpretación de la Corte Suprema en la Apelación N.º 7-2023, que considera a los medios corruptores como intangibles, comete un grave error, pues se estaría considerando a los anhelos, sentimientos, deseos o incluso las emociones como medio corruptor, es decir, se puede considerar como medio corruptor a un escenario en el que solo intervengan expresiones de deseos relacionados a un hecho espurio, lo cual resulta un claro adelantamiento de la barrera punitiva (en específico a la fase interna del *iter criminis*) que ya de por sí tienen la mayoría de los delitos contra la administración pública, tales como el cohecho o tráfico de influencia, los cuales al ser de mera actividad, los actos preparatorios son punibles.

El adelantamiento de la barrera punitiva es reforzado por una toma de postura en la que interviene el Derecho penal del enemigo, la Corte Suprema al considerar que, el elemento más importante del delito de tráfico de influencias es el escenario espurio, en el que el traficante es corrompido, desdeña la imprescindibilidad del medio corruptor, lo que trae como consecuencia que, la mera posibilidad de influir en una decisión judicial o administrativa, que podría afectar el bien jurídico, es insumo suficiente para configurar el tipo penal, ya que no es necesario considerar como elemento configurador al medio corruptor.

De tal manera que, el considerar los medios corruptores como intangibles y la consecuencia del adelantamiento de la barrera punitiva a la fase interna, nos conlleva a romper una regla esencial del Derecho, tal como señala Cejudo (1917) en la regla N.º 434: “la ley ve los hechos, y no las voluntades” (p. 108). Bajo nuestra óptica, la Corte Suprema ha redefinido de manera errónea y peligrosa los medios corruptores, ya que estos son materiales y patrimoniales.

⁷ El CP (1863), en su artículo 264, prescribía: “La mujer que cometa adulterio será castigada con reclusión en segundo grado. El codelincuente sufrirá confinamiento en el mismo grado”.

No obstante, consideramos que existen supuestos en el que el medio corruptor puede iniciar siendo intangible y no patrimonial, pero posteriormente adquirir carácter tangible y patrimonial. Esta postura mixta abre la puerta a una interpretación matizada y realista, que comprende la complejidad de los medios corruptores.

Finalmente, es preciso destacar que el análisis de los medios corruptores debe alinearse con la doctrina italiana, interpretándolos como una retribución tangible y personal, nacida de un interés material o patrimonial, y con un claro concepto de pertenencia. Esta perspectiva garantiza que los actos corruptores impliquen un beneficio concreto y palpable, diferenciándolos claramente de gestos amicales o morales que, aunque éticamente cuestionables, no deben ser objeto de sanción sin la presencia de una ventaja material evidente.

Conclusiones

Asumir la naturaleza inmaterial de los medios corruptores adelanta indebidamente la barrera punitiva, permitiendo sancionar actos que pertenecen aún a la fase interna del *iter criminis*. Al incluir anhelos, deseos o simples comunicaciones amicales dentro de la categoría de medios corruptores, se corre el riesgo de castigar situaciones cotidianas como delitos, lo que va en contra de los principios básicos del derecho penal.

Los medios corruptores tienen naturaleza material o tangible. Admitir lo contrario conlleva a catalogar a los sentimientos, anhelos y deseos como elementos configuradores del medio corruptor, esta definición conlleva a un abuso del sistema punitivo. Sin embargo, consideramos que existen supuestos en los que el medio corruptor inicialmente podría nacer como algo intangible y no patrimonial, pero adquirir posteriormente un carácter tangible y patrimonial.

Desde la óptica de la doctrina penal italiana, el medio corruptor cobra existencia solo cuando está unido a un concepto de pertenencia. Esto implica que el autor del acto corrupto debe buscar la titularidad de un bien mueble o inmueble, estableciendo una relación directa con el derecho de propiedad o algún derecho real. Es decir, los bienes corruptores deben ser tangibles y susceptibles de apropiación, lo que excluye categóricamente cualquier utilidad de carácter moral o abstracto, como favores personales o préstamos sin ánimo de apropiación.

Los medios corruptores son elementos relevantes en la configuración de los delitos de corrupción de funcionarios, por cuanto su ausencia imposibilita la imputación del delito. Es por ello que considerar que el delito de tráfico de influencias puede prescindir del medio corruptor, como lo da a entender la Corte Suprema, es inconcebible.

Consideramos que la normativización de los tipos penales es fundamental para garantizar un sistema de justicia objetivo y evitar interpretaciones subjetivas basadas en connotaciones

moralistas. Al normativizar los verbos y los medios corruptores, se logra una construcción objetiva y universalmente aceptada de los delitos, lo que contribuye a un sistema penal más justo y eficiente.

La flexibilidad en la definición de medios corruptores, aunque útil para adaptarse a nuevos escenarios corruptivos, debe ser acompañada de criterios coherentes que eviten la arbitrariedad. Es decir, se puede aceptar una versión especial de los medios corruptores como los favores sexuales aun cuando no sean patrimoniales, pero es inconcebible aceptar medios corruptores inmateriales. Solo así se garantizará que la lucha contra la corrupción no se vea obstaculizada por interpretaciones inconsistentes.

Referencias

- Abanto, M. (2003). *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. Palestra Editores.
- Arbulu, V. (2021). *Delitos contra la Administración Pública*. Instituto Pacífico.
- Arismendiz, E. (2018). *Manual de delitos contra la administración pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Instituto Pacífico.
- Arismendiz, E. (2024). Introducción a los Delitos de Corrupción funcional. *Curso Especializado En Delitos de Corrupción Funcional*.
- Carrara, F. (1961). *Programa de Derecho Criminal. Parte Especial.: Vol. V* (J. y G. J. Trad. Ortega, Ed.). Temis.
- Cejudo, I. (1917). *Reglas del derecho*. Imprenta de Carranza e Hijos.
- Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Transitoria (2003). Recurso de nulidad N.º1401-2003, Lima, 09 de julio. <https://vlex.com.pe/vid/articulo-trafico-resolucion-365685202>
- Corte Suprema de Justicia de la República. (2015). *IX Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria. Acuerdo Plenario N.º 03-2015/CIJ-116*. <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/da28c4004f297bc9932abbecaf96f216/IX%2BPleno%2BSupremo%2BPenal-2015-83.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=da28c4004f297bc9932abbecaf96f216>
- Corte Suprema de Justicia de la República. (2015). *Recurso de nulidad N.º 2298-2014*. <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2020/05/RN-2298-2014-Callao-LP.pdf>

- Corte Suprema de Justicia de la República. (2016). *Recurso de nulidad N.° 1875-2015*.
<https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2021/03/Recurso-de-Nulidad-1875-2015-Junin-LP.pdf>
- Corte Suprema de Justicia de la República. (2018). *Recurso de nulidad N.°457-2018*.
<https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2019/07/R-N-457-2018-PUNO-Legis.pe .pdf>
- Corte Suprema de Justicia de la República. (2018). *Sentencia N.° 2-2018-1*.
[https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/2034938049169fdb9031d60375cdf40c/18.+Exp.p.+N.%C2%B0+02-2018-1+\(24-10-2018\).pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=2034938049169fdb9031d60375cdf40c](https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/2034938049169fdb9031d60375cdf40c/18.+Exp.p.+N.%C2%B0+02-2018-1+(24-10-2018).pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=2034938049169fdb9031d60375cdf40c)
- Corte Suprema de Justicia de la República. (2023). *Sentencia N.° 71-2023*.
<https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/6086639/5386315-apelacion-71-2023-1.pdf?v=1710970360>
- Corte Suprema de Justicia. Primera Sala Transitoria. (1998). *Sentencia N.° 5798-97*.
<https://vlex.co.cr/vid/497402106>
- Corte Suprema de Justicia. Sala Penal Permanente. (2016). *Sentencia N.° 14-2015*.
<https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2021/08/Recurso-de-apelacion-14-2015-Arequipa-NCPP-LP.pdf>
- Corte Suprema de Justicia. Sala Penal Permanente. (2022). *Sentencia N.° 39-2021*.
<https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2022/09/Apelacion-39-2021-Ayacucho-LPDerecho.pdf>
- Corte Suprema de Justicia. Sala Penal Permanente. (2024). *Sentencia N.° 7-2023*.
<https://www.gob.pe/institucion/pj/normas-legales/5007406-7-2023>
- Corte Suprema de Justicia. Sala Penal Transitoria. (2011). *Recurso de nulidad N.° 2433-2010*.
<https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2023/03/Recurso-de-Nulidad-2433-2011-Lima-Norte-LPDerecho.pdf>
- Díaz, D. (2019). Problemas sustanciales del delito de tráfico de influencias. *Gaceta Penal & Procesal Penal*, 125, 159–172. <https://biblioteca.amag.edu.pe/cgi-bin/koha/opac-detail.pl?biblionumber=23843>
- Díez, J. (2022). Realidad, principios, utilidad y sistema en Roxin. *Nuevo Foro Penal*, 18(98), 11–38.
<https://doi.org/10.17230/nfp18.98.1>
- Hurtado, J. (2006). Interpretación y aplicación del art. 400 CP del Perú: delito llamado de tráfico de influencias. *Interpretación y Aplicación de La Ley Penal. Anuario de Derecho Penal 2005*.
https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2005_12.pdf
- Jakobs, G. (2012, August 6). Estado actual de la teoría del Derecho penal del enemigo. *Poder Judicial*.

<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/0450d000423603c4aeb5be5aa55ef1d3/13-GUNTERJACKOBS.pdf?MOD=AJPERES>

- Jakobs, G., & Cancio, M. (2003). *Derecho penal del enemigo*. Civitas Ediciones S.L.
- Maggiore, G. (1972). *Derecho penal. Parte especial: Vol. III* (J. Trad. Ortega, Ed.; 4th ed.). Temis.
- Manzanares, F., Otranto, G., Pérez, A., Subías, J., & Vismara, S. (2004). Comentario al Título 11. *Código penal comentado y anotado* (pp. 761–942). La Ley S.A.E.
- Manzini, V. (1961). *Tratado de Derecho Penal: Vol. III* (S. y A. M. Trad. Sentís, Ed.). Ediar.
- Maradiaga, J. (2009). Las etapas del iter criminis, y su aplicación práctica en los tipos de injusto de homicidio y asesinato. *Revista de Derecho*, 12, 97–132.
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5973388>
- Ministerio Público. (2019). *Disposición N°5, Carpeta Fiscal N.° 154-2018*. https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2019/08/Disposici%C3%B3n-05-cf-154-2018_watermark.pdf
- Montoya, Y., Chanjan, R., Novoa, Y., Rodríguez, J., & Quispe, F. (2013). *Manual de capacitación para operadores de justicia en delitos contra la administración pública*. IDEHPUCP.
https://idehpucp.pucp.edu.pe/lista_publicaciones/manual-de-capacitacion-para-operadores-de-justicia-en-delitos-contra-la-administracion-publica/
- Naciones Unidas Oficina contra la Droga y el Delito. (2003). *Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción [CNUCC]*. 31 de octubre de 2003.
https://www.unodc.org/pdf/corruption/publications_unodc_convention-s.pdf
- Peña, A. (2010). *Derecho Penal. Parte Especial*. IDEMSA.
- Ranieri, S. (1972). *Derecho penal. Parte especial: Vol. III* (J. Trad. Ortega, Ed.; 4th ed.).
- Reaño, J. (2001). Los delitos de corrupción de funcionarios: una visión crítica a partir del caso Montesinos" Especial referencia a la calidad del interesado en el tráfico de influencias: ¿comprador de humo, víctima o partícipe? *Ius et Veritas*, 283–298.
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/16029>
- Rodríguez, J. (2006). El final de la historia: ¡el interesado en el tráfico de influencias es impune! *Ius et Veritas*, 16(33), 248–263.
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12355>
- Rojas, F. (2007). *Delitos contra la Administración Pública* (4th ed.). Editora Jurídica Grijley E.I.R.L.
- Rojas, F. (2020). *Manual operativo de los Delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos* (Tercera). Editora y Librería Jurídica Grijley E.I.R.L.
- Salinas, R. (2019). *Delitos Contra la Administración Publica* (5th ed.). IUSTITIA.
- Tord, A. (2013). Derecho y justicia, según Kelsen. *Athina*, 10, 95-105.
<https://doi.org/10.26439/athina2013.n010.1159>

Tribunal Constitucional. (2018). *Sentencia N.º 00228-2017-PHC/TC*.
<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2019/00228-2017-HC.pdf>

Valderrama, D. (2021, October 7). *Iter criminis en el derecho penal: el camino del delito. Bien explicado*. La Pasión Por El Derecho. <https://lpderecho.pe/iter-criminis-derecho-penal-delito/>

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.

El técnico y el político: Acerca de la voceada desactivación de la Autoridad Nacional del Servicio Civil en un entorno VUCA

The technician and the politician: About the publicized deactivation of the National Civil Service Authority in a VUCA environment

Luis Alberto Huamán Ordoñez*,¹

Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo (Lambayeque, Perú)

2021814047@unh.edu.pe

<https://orcid.org/0000-0003-2229-9624>

Recibido: 18/06/2024

Aceptado: 09/09/2024

Publicación online: 18/12/2024

*Autor corresponsal

¹Abogado. Especialista en Derecho Administrativo por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.



Cómo citar este trabajo

Huamán Ordoñez, L. A. (2024). El técnico y el político. Acerca de la voceada desactivación de la Autoridad Nacional del Servicio Civil en un entorno VUCA. *ChornanCap Revista Jurídica*, 2(2), 127-152. <https://doi.org/10.61542/rjch.82>

RESUMEN

El presente ensayo analiza la dinámica de lo técnico y lo político en el ejercicio de la actividad de la Autoridad Nacional del Servicio Civil - SERVIR ante la propuesta del Congreso de la República de proceder a la derogatoria del Decreto Legislativo N.° 1023 que es el soporte estructural del organismo rector. Identifica un primer momento de una organización donde campeaban ideas liberales sazonadas con un conformismo social hasta llegar a 1950 donde se apuesta por un régimen estatutario generando, a su vez, el Consejo Nacional del Servicio Civil para luego aparecer, en un segundo momento, el Instituto Nacional de Administración Pública enfocado en la racionalización de la administración que en el fujimorato es desmantelado con el propósito de implementar las políticas de flexibilización laboral en el sector público y, en un tercer momento dentro de un entorno VUCA, aparece la Autoridad que se enfrenta al COVID-19, propicia el trabajo remoto abriendo espacio para el teletrabajo, así como debe asumir los conflictos generados por la Ley N.° 31131 así como los problemas internos con el sindicato de la institución rectora, el pedido de derogación del Decreto Legislativo N.° 1602 y el barómetro de la percepción ciudadana no siempre propicio. Con el uso de las técnicas hermenéutica e histórica, llega a la conclusión de que es necesario que SERVIR asuma una posición institucional basada en una administración pública deliberativa enfocada en conciliar posiciones con los diversos grupos de interés con los que debe relacionarse en beneficio de los ciudadanos.

Palabras clave: Autoridad Nacional del Servicio Civil, VUCA, Discrecionalidad política, Servicio civil, OCDE.

ABSTRACT

This essay analyzes the dynamics of the technical and the political in the exercise of the activity of the National Civil Service Authority - SERVIR before the proposal of the Congress of the Republic to proceed to the repeal of Legislative Decree N.° 1023 that it is the structural support of the governing body. It identifies a first moment of an organization where liberal ideas seasoned with social conformism prevailed until reaching 1950 where it opted for a statutory regime, generating, in turn, the National Council of the Civil Service and then appearing, in a second moment, the Institute National Public Administration focused on the rationalization of the administration that in the fujimorato is dismantled with the purpose of implementing labor flexibility policies in the public sector and, in a third moment within a VUCA environment, the Authority appears that faces the COVID-19 promotes remote work, opening space for teleworking, as well as the conflicts generated by Law N.° 31131, as well as the internal problems with the union of the governing institution, the request for repeal of Legislative Decree N.° 1602 and the barometer of citizen perception is not always favorable. With the use of hermeneutic and historical techniques, he concludes that it is necessary for SERVIR to assume an institutional position based on a deliberative public administration focused on reconciling positions with the various interest groups with which it must relate for the benefit of citizens.

Keywords: National Civil Service Authority, VUCA, Political discretion, Civil service, OECD.

Introducción

El ejercicio de la cosa pública siempre plantea importantes retos, de cara al carácter servicial de la autoridad pública atendiendo a que “se espera que el Estado responda, a través de buenas prácticas de gestión, a las demandas de los ciudadanos” (Soledispa-Rodríguez et al., 2020, p. 373) En la administración, como organización racional, se buscan asumir las decisiones de mayor idoneidad y que comprendan a un número mayor de beneficiarios atendiendo al enfoque del ciudadano como cliente de las prestaciones públicas; para alcanzar tan sano propósito, debe desarrollarse un necesario equilibrio entre los criterios político y técnico al entenderse que ambos operan, en línea uniforme (Montero, 2017, pp. 87–88), al abrigo del interés público.

Ahora bien, no todo es racionalidad ya que pueden entrometerse criterios que, más allá de la alta discrecionalidad política enfocada en los quehaceres de los órganos directivos de la organización, no siempre son pensados para la comunidad y que, en consecuencia, se apartan de la continuidad y despersonalización de las políticas públicas.

Se suma, con gran lamento, el temeroso retroceso en la toma de decisiones de parte de los directivos en las administraciones públicas con la preocupación de ser investigados por la larga maquinaria estatal: procedimiento disciplinario, órgano de control interno, procesos penales, procesos civiles de carácter indemnizatorio, etc. Sobre esto último, se precisa por parte de la literatura científica:

Durante los últimos años se ha producido, en algunas administraciones públicas, un cierto proceso de «infantilización» de los directivos que se manifiestan en su renuncia a tomar sus propias decisiones y a elevar sus incertidumbres a sus superiores que atesoran todo el poder pero que carecen de la capacidad para decidir con tiempo y conocimiento sobre los aspectos más variados, estos políticos de alto nivel se configuran en «cuellos de botella» institucionales (Tomás Biendicho, 2014, p. 27)

En buena cuenta, la posición minoritaria de diversos grupos de interés puede ser un fuerte aliciente para tejer espacios en donde lo político hace su ingreso para responder a intereses que no siempre son los lindantes con el interés público teniendo en consideración que, de acuerdo a Lahera (2004), “la política puede ser analizada como la búsqueda de establecer o de bloquear políticas públicas sobre determinados temas, o de influir en ellas” (p. 5).

Un espacio donde, cada cierto tiempo en el país, hay una fuerte tensión entre lo técnico y lo político es el referido a las cuestiones de personal sin que haya consenso en buscar fórmulas empáticas que beneficien a los ciudadanos quienes son los destinatarios que los servicios prestados por el Estado a través de sus diversos niveles gubernamentales.

La historia de ese péndulo oscilante tiene un visible itinerario histórico: como es conocido, una vez alcanzada nuestra independencia, nuestro país en cuanto al tema de personal al servicio de la administración ha tenido un primer recorrido de prácticas consuetudinarias en la organización administrativa bajo la idea de mando y obediencia que es heredado del precedente modelo organizacional virreinal.

Más tarde, para 1950 se desarrollaría un régimen jurídico de personal sobre un enfoque de Derecho administrativo aupando, para cuanto nos interesa, al Consejo Nacional del Servicio Civil como intento de órgano rector; dicho enfoque estatutario repetiría el Ejecutivo en 1984 siempre bajo el mismo modelo administrativo. En dicho decurso, el Estado apostaría por recoger una organización administrativa de carácter centralizado cuyas atribuciones se enfocarían en constituir en un órgano rector ad hoc: el Instituto Nacional de Administración Pública, al símil de su homólogo español.

Dicho órgano fue posteriormente desmantelado bajo el fácil y simplista alegato de su carencia de funcionalidad en el gobierno del «ciudadano Fujimori» casi al mismo tiempo que se traían abajo las leyes laborales de protección del trabajador y se desmantelaban los sindicatos con el argumento de esconder elementos subversivos lo que, en cuanto a esto último, siendo cierto o no, no constituía justificación para tal proceder pues una rápida y coordinada acción de inteligencia policial los hubiera identificado y retirado así como apagado todo potencial brote

subversivo, merced a su mandato constitucional de preservación del orden público interno. No está demás señalar aquí que, este conjunto de acciones sistematizadas desde el Estado mismo, buscaban cambiar el sentido de la opinión pública dado que, es bastante conocido, los dictadores distraen a los ciudadanos con enemigos ficticios que, a su vez, les sirven de justificación para encumbrarse en el poder y asegurar la exigencia de su necesidad como los favores que nos prodigan los dioses a costa del (caro) mantenimiento de nuestra fe.

Años más tarde, ya en plena democracia, se abre el espacio para la aparición de otro nuevo órgano rector que es la Autoridad Nacional del Servicio Civil (SERVIR), institución comprometida con el servicio civil y las personas que lo componen.

Por supuesto, la aparición de un órgano como este último despierta preocupación en quienes obtienen rédito del desorden no solo en la regulación jurídica aplicable sino en la propia gestión de personas.

No resultan casuales, por supuesto, los ataques que, desde diversos frentes, ha recibido la institución; obviamente, en ellos, se evidencia la desesperación de quienes desean mantener un estado de cosas desordenado y ausente de liderazgo en un sector estatal que clama atenciones como orden en el ejercicio de la adecuada rectoría estatal de personal.

Hoy, en pleno siglo XXI, cuando se entiende que las organizaciones deben mantenerse bajo un espacio de altos criterios técnicos y una adecuada gestión de personas, aparece una ausencia de sintonía entre lo técnico y lo político que pone en riesgo el papel institucional de SERVIR en un entorno laboral cambiante VUCA (Blanco Silva, 2022; Cao & Blutman, 2023) que, antes bien, debería orientarse a garantizar predictibilidad en el espacio de los funcionarios, directivos y personal administrativo de las entidades públicas teniendo en consideración que la política pública se constituye, de acuerdo a Aguilar Astorga (2020) en “un proceso relacional que involucra actores diversos con igual asimetría en las decisiones y en el ejercicio del poder” (p. 33).

De este modo, en el presente estudio se analizará empíricamente, bajo una investigación cualitativa, de nivel descriptivo y con diseño hermenéutico e histórico, los riesgos que afronta SERVIR en un entorno laboral cambiante VUCA ante la ausencia de sintonía entre lo técnico y lo político en el mantenimiento de la continuidad, en el tiempo, de dicho órgano rector de cara a la mejora institucional de las cuestiones de personal en el país motivando el desarrollo del presente estudio.

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. Los vaivenes de los regímenes de personal y la ausencia de un órgano rector

Más allá del romanticismo del grito libertario del 28 de julio de 1821 y de la consecutiva serie de convulsos momentos de militarización de la política nacional, lo cierto es que el país se presenta sociológicamente como una multiplicidad de personas con pensamientos y sentires propios no necesariamente conectados con los de otros en una carencia de empatía donde queremos todo, pero nada a la vez. Basadre (1992) lo diría con mayor elegancia en el uso de la escritura y la pluma: “el Perú sigue siendo una serie de compartimientos estancos, de estratos superpuestos o coincidentes, con solución de continuidad” (p. 12). Dicha concepción del mundo impacta en cómo la administración naciente, si cabe utilizar la expresión en el sentido técnico en que ella se representa, ha visto la luz. Corresponde aquí indicar que, en los inicios de la república, se consideró cómodo echar mano de las viejas instituciones virreinales sin que haya propósito de renovación; era mejor seguir moviendo el parchado abanico virreinal que desmontar, de plano, el edificio absolutista como sí lo hicieron los galos en 1789 tomando solo lo necesario de ella: en el escenario republicano nacional, se consideraría estar mejor a la sombra de lo existente que padecer a la intemperie, aunque el árbol de la vieja organización a la usanza española ya no diera frutos. El elemento sociológico es harto interesante para quienes-los criollos- alaban la Revolución francesa tanto como la americana pero que, en su propia tierra, juzgaban adecuado no cambiar nada para que todo marchase bien:

La experiencia peruana después de la Independencia nos presenta la pugna por construir una nación en torno al Estado, y la enorme tara que representó (y representa) la herencia virreinal en la búsqueda de dicho propósito. Según Carl Herbold (1974), el legado administrativo del virreinato en la naciente república peruana tuvo las siguientes características: 1) centralismo; 2) formalismo legal; 3) estatismo; 4) dualismo peruano (existencia del «Perú real» y el «Perú legal»); 5) parasitismo fiscal, y 6) acomodo permanente entre lo tradicional y lo nuevo.

Estas características dificultaron el tránsito hacia un estado moderno-el ideal republicano- y retrasaron la constitución de la profesionalización del servicio público, la descentralización de los servicios públicos y la optimización de la recaudación de impuestos. Además, la lenta implementación de las ideas liberales no significó una ruptura con el pasado ni una apuesta por la modernización del país. Como señala Fernando de Trazegnies (1979), en el siglo XIX se produce una «modernización tradicionalista», que consiste en la: «recepción de un cierto número de elementos capitalistas, ligada a una profunda resistencia a todo cambio en la

estratificación social»; es decir, «se quiere devenir capitalista, es decir moderno, pero al mismo tiempo se quiere conservar las jerarquías tradicionales» (p. 30). El aspecto formal del Estado (legal y administrativo) era nominalmente moderno, pero carecía de las características propias de la modernidad, y se convirtió, así, en una prolongación del sistema virreinal basado en privilegios, prácticas clientelares y una visión patrimonialista del Estado (Saravia Salazar, 2020, p. 144)

La administración pública peruana a pesar de las diversas, aunque escasas regulaciones emitidas al efecto, continuó funcionando instintivamente bajo los cánones virreinales bajo una línea de obediencia y mando fuertemente estructurada sin posibilidad de que el sujeto que realiza funciones para el adolescente Estado peruano (Chang Rodríguez, 1960) tuviera alguna posibilidad de exponer su faz creativa con un Estado preocupado en cómo soportar, con diligencia, los pagos de su personal atendiendo a que “en las primeras décadas se disponían de técnicas de captación de recursos que eran una herencia de los mecanismos coloniales” (Tantalean Arbulú, 1983, p. 63) sobre la base del tributo pagado por los indígenas, como anterior sostén del virreinato español en el Perú (Escobedo Mansilla, 1978), hasta la eliminación explícita que realizó el presidente Castilla Marquesado. Por supuesto, el contexto pasivo de quien desarrollaba dicha actividad estaba alimentado del continuo juego de poder entre militares y civiles y en el exceso de virilidad que todavía mantenían los militares que antes sirvieron a España, luego a San Martín y posteriormente a Bolívar viendo al Estado peruano como un botín del cual aprovecharse, de facto, como indemnización por los servicios prestados reclamando, cada uno de ellos, su pedazo de patria como lo hicieron (aunque la comparación devenga en vulgar) los generales de Alejandro a su deceso llegando un momento en donde nuestros dirigentes, a la par de provocar su propio provecho, se agenciaban el de la patria (Tantalean Arbulú, 1983, p. 59) conllevando a que se sostenga, en palabras de Cosamalón et al. (2021), que “la crisis de los primeros años republicanos y la escasez de fondos fueron un obstáculo para alcanzar el mínimo de estabilidad necesaria para la existencia de una burocracia estatal” (p. 21).

2. El Consejo Nacional del Servicio Civil como intento de órgano rector

Al abrigo del modelo estatutario francés y bajo un gobierno militar, muchos años más tarde, aparece la preocupación del Estado en regular un régimen, bajo el Decreto Ley N.º 11377, Estatuto y Escalafón del Servicio Civil (Junta Militar de Gobierno, 1950) que regulara la actividad del personal estatal bajo un modelo de carrera administrativa (Rey Navarro & Morales Carrión, 2022, p. 118) sobre la base de una economía industrial sostenida que, al desarrollarse bajo abundancia de la exportación generada por el contexto de la II Guerra Mundial (Bouillón Buendía, 1992; Figueroa, 1982; Gonzales de Olarte, 2015), daba pie a los apetitos dinerarios en el Estado.

De los considerandos de la regulación jurídica analizada se advierte la preocupación del Estado nacional en ofrecer garantías en torno a la estabilidad del personal (Rastrollo Suárez, 2021, p. 213)

El legislador siempre es cuidadoso en las palabras que usa, en el contexto en que estas se recogen y en la duración proyectada que ellas deben generar en la realidad. De cara a lo que se viene analizando, esto conlleva a entender de que, si existía dicha preocupación, lo más visible era que lo político imperaba sobre lo técnico por lo que, para mantener a raya los pareceres discrecionales de la política, era requerido robustecer las atribuciones regladas y limitar, con gran firmeza, las discrecionales. No hay mayor enseñanza que la que nos brinda el propio legislador en las siguientes expresiones:

(...) constituye doctrina en la política que se ha trazado la Junta Militar de Gobierno, dignificar y moralizar la labor de los servidores civiles del Estado, apartándola definitivamente de toda influencia extraña a su abnegada misión. (Junta Militar de Gobierno, Decreto Ley N.º 11377, Estatuto y Escalafón del Servicio Civil, considerando, 1950)

Una rápida lectura de dicho párrafo nos sirve de radiografía para entender que las cosas no iban bien en el Estado peruano en cuanto al tema de personal. De este modo, para asegurar la proyección de una carrera administrativa segura y firme en el tiempo, se recogía las figuras de los empleados dotados de estabilidad al abrigo de un régimen de carrera pública en el entendido de que constituían el soporte de la administración, los empleados a contrata sujetos a labores transitorias para funciones técnicas o profesionales que serían un contrapeso respecto de los estables, los empleados adscritos sirviendo de soporte a las funciones de alta dirección bajo un esquema de confianza, técnico o político y finalmente el personal de servicio interno a quienes, dado su amplio número, debía preceder plaza presupuestada como técnica de garantía para limitar su multiplicación, con la posibilidad de engrosar la lista del personal de carrera administrativa. Sobre lo señalado, la literatura científica precisa lo siguiente:

En nuestro país, la carrera administrativa fue prevista por primera vez en el año 1950 mediante el Decreto Ley N.º 11377, Decreto Ley del Estatuto y Escalafón del Servicio Civil, norma que consagró garantías homogéneas al personal que prestaba servicios en la Administración Pública en cuanto al ascenso en los nueve niveles establecidos y estabilidad laboral (Luyo Rodríguez, 2019, p. 174)

Más allá, el legislador prohibía abiertamente los puestos públicos honoríficos (Junta Militar de Gobierno, artículo 15°, 1950) llegando a entenderse que estos ya preexistían a la dación de la ley ya que no se prohíbe lo que no existe o lo que no ha acontecido.

En cuanto al Consejo Nacional del Servicio Civil se le entiende, además de otras competencias, como un guardián de la novísima regulación legal (Junta Militar de Gobierno, artículo 97° inciso b), 1950) llegando a entenderse que se trata de un órgano colegiado, con capacidad para sesionar mensualmente, en este propósito de mantener la aplicación de la novísima ley procediendo, por otra parte, a robustecer su posición institucional al hacer inapelables sus decisiones en sede administrativa (Junta Militar de Gobierno, artículo 103°, 1950) de modo tal que, con ello, se cerraba el camino administrativo.

3. El Instituto Nacional de Administración Pública

Años después, el Estado asume que el crecimiento poblacional provocado por la movilidad urbana, el crecimiento de las urbes y la migración del campo a la ciudad reclama dotar de más y mejores servicios a las personas.

Obviamente, esto pasa por realizar mejores prestaciones conllevando a la necesidad de que el personal a su cargo deba realizarlas adecuadamente. Aparece, en virtud al Decreto Legislativo N.º 111, el Instituto Nacional de Administración Pública (INAP) enfocado, entre otros aspectos, en «racionalizar la administración pública» (Presidencia de la República, artículo 1°, 1981) lo que, una vez más, lleva a entender que el orden no era la palabra que definía, hasta ese momento, el funcionamiento de la administración pues cabe sostener, una vez más, que el legislador elige usar determinadas expresiones en virtud a un contexto que las precede sea para reafirmarlo, para reformarlo o para suprimirlo total o parcialmente de acuerdo a las políticas públicas de cada época. En consecuencia, el crecimiento exponencial de las prestaciones estatales trae consigo el crecimiento de la logística para tal propósito y con esto el de las reparticiones públicas aumentando los riesgos de la intromisión de lo político en lo técnico. Por supuesto, tal crecimiento lleva también a tenerse que pensar en una institución central que, con carácter directriz, brinde las pautas necesarias para ordenar la buena marcha del personal al servicio de la administración:

En diciembre de 1973 se creó el Instituto Nacional de la Administración Pública (INAP) como entidad rectora del proceso de Reforma de la Administración Pública, la misma que inició sus funciones sobre la base de la Oficina Nacional de Racionalización de Personal (ONRAP) y la Oficina Nacional de Administración de Personal (ONAP) instituciones que se crearon expresamente para implementar el proceso de Reforma, además de la Escuela Superior de Administración Pública (ESAP) como ente rector de la capacitación de funcionarios y

servidores del Sector Público. En 1995 en marco de la reforma del Estado por Ley N.° 26507 se dispone su desactivación y liquidación, nombrándose una Comisión de Disolución y Transferencia, la cual cumplió con el proceso de transferencia del acervo documentario a la PCM. (Ramos Anampa, 2015, p. 37)

Lo notable es que aquí aparece la mención a los conceptos de racionalización, desarrollo integral, aseguramiento de unidad y eficiencia de los procesos de abastecimiento de bienes y servicios (Presidencia de la República, artículo 1°, 1981) que se constituyen en importantes referentes para la buena marcha institucional de las organizaciones administrativas.

Destaca aquí la identificación de la figura del sistema (Presidencia de la República, artículo 1°, 1981) permitiendo evidenciar el sólido compromiso político en hacer objetivo el desarrollo de la administración como organización; a lo antes referido se suma que, en igual medida, se le atribuye la dirección de los sistemas nacionales de racionalización, de personal y de abastecimientos lo que permite evidenciar la expresividad de su calidad de órgano rector en materia de personas al servicio del Estado precisando que la Dirección Nacional de Personal, dentro de un marco de división de competencias, se enfocaba en «crear y desarrollar las condiciones necesarias para lograr el mejor desempeño de la función pública» (Presidencia de la República, artículo 8°, 1981) siendo además robustecidas de otras atribuciones.

4. La Autoridad Nacional del Servicio Civil: su papel institucional en un entorno VUCA

El desmantelamiento de un país reclama posicionar a un sujeto que se auto sostiene como líder y salvador creando, de manera artificiosa, un contexto de insostenibilidad donde sea éste el que termine dando la cura milagrosa que lo sane todo: la panacea y el que la administra. Pues bien, teniendo como contexto el torpe gobierno de García Pérez que se cerraba con un índice inflacionario como el que se había producido en la guerra contra Chile, una crisis interna, una tibia respuesta gubernamental contra la subversión y una reputación económica como país por los suelos, se empiezan a realizar un conjunto de cambios sincronizados. Por supuesto, el calor popular, el descontento frente a la crisis económica, la amenaza y acción dañosa de grupos subversivos en el campo y el desprestigio como país se convierten en insumos para utilizar la invocación a una «reforma» como sustento del desmembramiento estatal.

De entre muchas, cuyo análisis escapa al presente ensayo, destaca el ataque contra el INAP como organismo de rectoría en materia de personal.

La fuerza política se valió del sobredimensionamiento que habría adquirido el rector y su poca conexión con las administraciones públicas sobre las cuales ejercía influencia:

Se liquidó el Instituto Nacional de Administración Pública- INAP argumentando que había devenido en un organismo burocrático debido al énfasis que ponía en desarrollar la regulación de los denominados sistemas administrativos (de presupuesto, personal, abastecimiento, etc.) y en exigir someter a su previa aprobación los instrumentos de gestión internos (Reglamento y Manual de Organización y Funciones, Cuadros de Asignación de Personal, Presupuesto Analítico de Personal, etc.) de todas las entidades de la Administración Pública. Algunas de sus funciones fueron transferidas a la Presidencia del Consejo de Ministros en el entendido que siendo una instancia supraministerial podía administrarlas con independencia de los demás sectores, otras fueron distribuidas a cada una de las entidades administrativas (la aprobación de sus instrumentos de gestión interno) y las restantes fueron simplemente eliminadas. En particular la función de capacitación de los funcionarios públicos que estaba a cargo de la denominada Escuela Superior de Administración Pública dependiente del INAP fue también en la práctica suprimida, quedando la formación de funcionarios librada a las políticas en la materia de cada entidad (Danós Ordóñez, 2003, pp. 255–256)

El gobierno del «ciudadano Fujimori» se centra en quitar mérito a una institución técnica, de carácter rector, al constituirse en un obstáculo a sus insanos propósitos.

Con un Parlamento cómplice, el Ejecutivo juzga como parte de sus políticas la desaparición de esta institución (Congreso Constituyente Democrático, Ley N.º 26507, 1995) dado que su regulación constituía un serio obstáculo a sus fines contrarios al interés público. Del texto de la ley, no se observa disimulo en la acción directa que se asume no llegando, en consecuencia, a ocultarse los intereses del fujimorato en ir desmembrando al Estado peruano para ofrecerlo, al naciente mercado, a precio de chatarra.

De allí, levantando las trabas de aquel órgano rector, el Gobierno dictaría diversas medidas para que lo político predomine sobre lo técnico.

Destaca el caso de los famosos ceses irregulares que permitían, ante criterios legislativos harto confusos, que cada administración decidiera la suerte de su personal (Cortázar Velarde, 2002, pp. 8–10) cual si se tratase de feudos bajo un abierto enfoque discrecional con nada disimulada arbitrariedad pública. A la par, la dación de la ley laboral sustantiva para el denominado sector privado serviría de tubo de ensayo para su aplicación al sector público a efectos de generar una competición de facto con relación al personal estatal sujeto a lo estatutario al abrigo de que “la creación de islas de eficiencia dentro de ciertos sectores clave puede servir también como contrapeso crucial para lograr las metas de desarrollo” (Ramíó, 2008, p. 271) De manera pragmática, su aplicación empezó en las nuevas administraciones conocidas como órganos

reguladores frente a prestadores de servicios públicos en los que, con anterioridad, la titularidad o el mayor accionariado lo tenía el Estado peruano. El experimento funcionó un buen tiempo en tanto los ingresos del personal sujeto al régimen privado estaban por encima de quienes se encontraban vinculados al régimen estatutario. Como las reglas del mercado no tienen cabida en lo público, el salario real no pudo soportar las variaciones económicas en tanto la promesa de los ingresos económicos privados era más apetecible, llevando a que el personal migre, como tergiversación del modelo práctico asumido por el Gobierno, a las empresas sobre las cuales recaían las competencias de los entes reguladores abriendo espacio para las «puertas giratorias» conllevando, muchos años más tarde, a la emisión de la Ley N.º 31564, Ley de prevención y mitigación del conflicto de intereses en el acceso y salida de personal del servicio público (Congreso de la República, 2022) y su posterior reglamentación a través del Decreto Supremo N.º 082-2023-PCM, Decreto Supremo que aprueba el Reglamento de la Ley N.º 31564, Ley de prevención y mitigación del conflicto de intereses en el acceso y salida de personal del servicio público (Presidencia de la República, 2023) entendiéndose que esto ocurre al producirse el tránsito “de algunas personas por altos cargos en el sector público y privado en diversos momentos de sus trayectorias laborales” (Castellani, 2018, p. 50)

La desactivación de los sindicatos fue también parte de las medidas gubernamentales para que el poder político pueda ejecutar una política de liberalización del modelo laboral enfocado, hasta ese momento, en la protección del trabajador; ayudó, en gran medida, la vinculación con algunos elementos subversivos que pretendían utilizar a los trabajadores como justificación del descontento y el miedo que provocaba la invocada presencia subversiva en las ciudades de la costa del país.

Lo cierto es que, más allá de todos estos datos de la realidad, tales eventos determinaron que el país no sostuviera un norte organizacional en cuanto a la dirección de personas en el país:

La evidencia ha demostrado que no se puede desvincular a la reforma del contexto en que se desarrolla, y, sobre todo, cómo la estructura normativa presupone un conjunto de percepciones sobre los valores que rigen en una sociedad. Es por ello que, desde el diseño de las reformas, se concibe una implementación con un peso marcado en controles ex ante y desincentivos como sanciones, multas, puntos de control y prevalidación, etc.

Al concebir a un servidor público como una persona oportunista y egoísta, se elimina la posibilidad de crear estructuras normativas que fomenten la orientación de resultados y la creación de valor. Bajo este clima que penaliza la creatividad y prioriza el cumplimiento de protocolos, se restringen las oportunidades para innovar en las entidades. Este factor se revela con más fuerza en la reforma de presupuestos por resultados y la que impulsa las

asociaciones público-privadas. En ambos casos, la normativa estipula las directrices para su implementación, pero las regulaciones se basan en lo que el funcionario o el servidor público no puede o está prohibido de hacer (Ugarte et al., 2021, p. 14)

Años más tarde, se abre paso a un nuevo retorno de una administración rectora en materia de personal en el país con una proyección transversal orientada a generar la uniformidad del marco jurídico y operativo de las personas al servicio del Estado la que nace en un mundo de cambios continuos, no siempre sostenidos en el tiempo, con inserción de nuevas técnicas como el big data, las amenazas de connotación nuclear por parte de Rusia hacia los EE. UU., el uso de nanobots en la medicina, la aparición del bitcoin y otras monedas privadas que rivalizan con las competencias estatales de validar dinerariamente los intercambios comerciales, el uso de tecnología de reconocimiento facial, la obtención de la ciudadanía saudí a un robot, las tensiones comerciales entre EE. UU. y China, la inteligencia artificial, las guerras a través de drones con significativa reducción de bajas militares humanas, etc. La elevación de dicha necesidad surge como correlato de la obligación del Estado peruano como parte de los compromisos vinculados a la suscripción de tratados comerciales:

La reforma del servicio civil constituye un tema esencial para el proceso de modernización del Estado, especialmente, en el marco del Acuerdo de Promoción Comercial Perú- Estados Unidos, ya que la competitividad de los sectores productivos y de los servicios se ha visto afectada por las deficiencias del aparato administrativo del Estado. En la medida que éste se modernice, menores barreras burocráticas existirán. Siendo el recurso humano el elemento esencial de los servicios del Estado, resulta clave la creación de un organismo público especializado y con un alto grado de autonomía, como ente rector del Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos, que lidere el proceso (Presidencia de la República, Decreto Legislativo N.º 1023, 2008)

Como se advierte, no se trató de una iniciativa propia y espontánea de la nación peruana, sino que nace producto de un compromiso institucional de carácter comercial intergubernamental enfocado en dotar de institucionalidad al país a efectos de asegurar las inversiones extranjeras sin cuya generación quizás, hasta la fecha, se podría haber seguido careciendo de dicho ente rector. La dación de tal calidad-la de la rectoría- lleva consigo la de constituirse en un sistema que, desde el gobierno nacional, comanda la buena marcha de las administraciones públicas en cuanto concierne a su personal bajo la idea de un servicio civil dotando, consecuentemente, a dicha organización de un entero criterio técnico a efectos de que sea este quien regule lo concerniente a los diversos aspectos del sistema que, si bien ejerce sus atribuciones en sentido vertical, deja espacio para la

descentralización del mismo a través de las oficinas de recursos humanos de cada organización jurídico-pública.

Es en este contexto en que vuelve a tomar forma (una vez más) la preocupación institucional por contar con reglas claras, con carácter de generalidad, respecto de un grueso grupo humano, que son los que hacen posible la generación de servicios estatales a la ciudadanía, sin poca cohesión dado los diversos regímenes jurídicos de personal y los derechos, deberes, obligaciones y beneficios que le son accesorios (OCDE, 2016) más aún si se toma en consideración que el 25 de enero de 2022 nuestro país recibe, de manera formal, la invitación para el proceso de adhesión e ingreso a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) lo cual es un dato relevante al enfocarse en el crecimiento económico del país, la gobernanza pública, la lucha anticorrupción y la necesidad de transparentar las decisiones estatales, el propio tema pendular del capital y la productividad, así como el medio ambiente. Con el tiempo, en casi diez años de existencia, el organismo rector peruano se ha abocado a campear a escenarios cambiantes en un entorno VUCA donde siendo todo volátil, así como incierto además de complejo y ambiguo, de ello no escapa la administración:

- i. El de la pandemia con la COVID-19 (Cortés Abad, 2020; Covarrubias Moreno, 2020) que, a nivel de gestión de personas en el Estado, obligó-literalmente- a realizar el trabajo remoto rompiendo el escenario milenario de la presencialidad en las organizaciones generando que SERVIR delinee importantes parámetros reglamentarios para hacer efectiva esta «nueva» expresión en la prestación de servicios en las administraciones públicas.
- ii. Ese mismo entorno cambiante propulsó, para el caso de nuestra nación, el teletrabajo con una inicial oposición de cada organización jurídico-pública regida bajo una línea de presencialidad; en este aspecto, la entidad rectoral ha robustecido su proyección a través de su actividad reglamentaria y la emisión de informes técnicos al respecto llegando a proyectarse dicha técnica de laboralidad a ser usada parcialmente a trabajadores distintos del común tales los servidores de confianza, los directivos públicos e incluso respecto de los propios funcionarios públicos en cuanto a que dichos puestos públicos “deben haber sido calificados previamente por la entidad como puestos teletrabajables” (Informe Técnico N.º 001228-2023-SERVIR-GPGSC, 3.2., 2023).
- iii. En igual medida, siempre dentro de un entorno VUCA, el rector debe ajustarse a la base de una administración pública deliberativa que deja su posición pasiva para interactuar con diversos grupos de interés; en esta parte, SERVIR no ha sabido salir de su espacio puramente técnico para matizarlo, precisamente, con la acción política procediendo tímidamente en su interacción con la política cuando pudo tener un acercamiento con los

sindicatos, centrales sindicales o confederaciones siendo esto saludable a la apertura de propuestas de beneficio de la institución, las organizaciones laborales colectivos y los ciudadanos beneficiarios de las diarias prestaciones de las instituciones públicas.

- iv. Del mismo modo, la expresión palpable del espacio VUCA, se exterioriza a través de las tensiones entre el legislador, la opinión pública, los grupos de interés y los Tribunales en materia de servicio civil: tal es el caso de la emblemática Ley N.º 31131 (Congreso de la República, 2021) que regulaba la incorporación del personal estatal bajo contratación administrativa de servicios al tipo de régimen estatutario o laboral de cada entidad dentro de un enfoque de aplicación progresiva rivalizando, en los hechos, con la regulación de tránsito al servicio civil que aparecía lenta en su avance.

Esto motivó al cuestionamiento de su constitucionalidad derribando el edificio legal quedando solo en pie, a través del veredicto del Tribunal Constitucional, la protección del trabajador público CAS en cuanto a la legitimidad de su salida de la administración a lo que ha respondido el organismo rector con la división entre CAS indeterminados y aquellos determinados que, a su turno, se desdoblan en quienes prestan labores por necesidad transitoria, los que prestan servicios bajo suplencia o en el ejercicio de puestos públicos basados en la confiabilidad.

- v. Las tensiones entre la Presidencia del organismo rector y su sindicato ante el incumplimiento del convenio colectivo 2022-2023 alcanzado entre la administración y el sindicato de trabajadores en el que se cuestionaba el cumplimiento o no del producto negocial-el convenio colectivo- ante la presencia de cláusulas convencionales cuya vigencia continuaba en el tiempo pese al vencimiento de dicho producto con el potencial anuncio de una huelga del 06 de marzo de 2023.
- vi. El pedido de derogación del Decreto Legislativo N.º 1602 (Presidencia de la República, 2023) que curiosamente, aunque se enfoca en la necesidad de evaluar anualmente a los directivos públicos respecto de su contratación trianual, genera en los grupos de intereses como sindicatos y centrales sindicales la preocupación de la idoneidad de los evaluadores, aunque dicha técnica no sea de aplicación al común de los trabajadores públicos.

Este dato de la realidad permite evidenciar que la sola mención a la evaluación ya es un indicador de una alerta en el mercado laboral de los servidores públicos siendo este un factor que no se ha analizado al promocionar dicha institución ante la opinión pública y mayormente ante los grupos de interés ligados al personal al servicio de la administración; precisamente, se encuentra en el aire la aprobación del dictamen referido al proyecto de

ley N.º 7172/2023-CR por parte de la Comisión de Trabajo y Seguridad Social del Parlamento nacional.

- vii. La percepción ciudadana que ve en SERVIR a una organización enorme sin ninguna utilidad práctica lo que responde, en gran medida, al imaginario popular de la ineficiencia del aparato público que, en el razonamiento común, se extiende generalizada al rector lo que es apoyado por la literatura científica en cuanto a la propia percepción de los procesos de tránsito en donde se identifica, además de otros factores, «la falta de estrategias comunicacionales sobre las preocupaciones de mejoras salariales, estabilidad laboral, evaluaciones de desempeño y capacidad laboral» (Alva Mendoza et al., 2018, p. 104) debiendo generarse tranquilidad en un espacio, como el laboral, donde ante la coexistencia de diversos regímenes de personal no hay certeza de estabilidad lo que, en gran medida, impacta en el desempeño y que, en igual medida, plantea importantes retos de productividad en quienes reducen su rendimiento cuando pasan de un entorno incierto laboral a otro de mayor seguridad como los locadores que ven desnaturalizados sus contratos civiles, los CAS que pasan a indeterminados, los «contratados permanentes» una vez que alcanzan el año o los tres (3) años previstos en las leyes generales de carrera administrativa.

Curiosamente, esto contrasta en el entorno VUCA con la beneficiosa percepción de los propios servidores y directivos públicos que ven en el Tribunal del Servicio Civil a un órgano administrativo de alta especialización, con reducida posibilidad de que sus decisiones devengan en arbitrarias y garante de un adecuado procedimiento disciplinario luego de superar el planteamiento del recurso de apelación contra las sanciones de suspensión y destitución de personal.

- viii. El propio debate en torno a la derogación de la Ley N.º 30057 (Congreso de la República, 2014) pasando, en la propuesta que sustenta su derogatoria, por un período de tránsito en el que un órgano colegiado señalado por el Congreso determine lo pertinente al destino del personal al servicio de la administración, conforme a las previsiones de los proyectos de ley N.º 7107/2023-CR, N.º 7156/2023-CR y N.º 7267/2023-CR que se encuentran en la Comisión y Seguridad Social del Parlamento nacional.

Es de advertirse que el organismo rector se enfrenta a importantes retos que no solo tienen un volátil contexto político (una nación con seis mandatarios sucesivos sin concluir los cinco años de ejercicio gubernamental: Kuczynski, Vizcarra, Merino, Sagasti, Castillo y Baluarte) y sociológico (el miedo visceral a las evaluaciones de personal heredado de la dictadura fujimorista, la polarización entre lo sindical y lo técnico, la ausencia de plataformas de acercamiento entre los

trabajadores y el Estado empleador) a nivel nacional sino también global lo que contrasta con los esfuerzos de los Estados hermanos de integrar al Perú, en el marco del Programa País, dentro de los países adscritos al OCDE lo cual es un mérito frente a nuestros hermanos sudamericanos.

5. ¿Debemos dismantelar a la Autoridad Nacional del Servicio Civil?

A lo largo de la historia del país, constantemente las instituciones se encuentran sujetas a una calificación experimental cual si se tratarán de tubos de ensayos que se pueden usar y desechar a placer del gobierno de turno. Así, en cuanto a la planificación de recursos humanos en los inicios del presente siglo, se sostenía lo siguiente:

La planificación se limita a la gestión presupuestaria, que presenta deficiencias. La evolución de las plantas de personal responde de manera reactiva a pedidos de altas autoridades, nuevos mandatos legales, o restricciones presupuestarias. Coexisten el régimen público (DL 276, 1984) y el régimen privado (DL 728, 1991) para algunas organizaciones por autorizaciones en las leyes de presupuesto. Las normas de austeridad exigen que las modificaciones de planta se den a través de leyes o decretos de urgencia, y esta rigidez es compensada a través de contrataciones de «servicios no personales» sin un marco legal que las respalde, abarcando el 40% del personal. Sistemas de información dispersos, proyecto SIGA-SIAF para integrarlos, y reciente censo de funcionarios (ley presupuesta 2003) (Iacoviello Mercedes, 2005, p. 5)

Si se observa con detenimiento, esta larga tradición anómala constituye un espacio para separar no lo político de lo técnico (como acontece en el modelo burocrático) sino para entender que, entre ambos, opera una necesaria relación sinalagmática tanto como, por la regularidad de la institucionalidad democrática, para establecer los límites de lo político en lo técnico:

Una gestión efectiva y eficiente del servicio civil es la base para la buena gobernanza. La nueva ley del servicio civil del Perú buscar reestructurar de manera significativa la gestión de aproximadamente 600 000 servidores públicos en 2 500 instituciones públicas en todo el país en los tres niveles de gobierno. El impacto potencial de estas reformas es significativo, dado el alcance de los temas que la reforma busca solucionar. El Estudio recomienda que el Perú se asegure de que esta reforma reciba el apoyo adecuado a nivel político, incluyendo el apoyo del gobierno entrante; que la PCM y el MEF colaboren en una estructura de gobernanza para implementar adecuadamente la reforma. Asimismo, se debe asegurar su implementación efectiva en el tiempo y el monitoreo de sus resultados a nivel sub nacional (OCDE, 2018, pp. 18–19)

De cara a SERVIR corresponde indicar que diversos frentes se han ocupado de ella: desde los grupos de interés que ven con preocupación su adscripción a la Presidencia del Consejo de ministros (PCM) dada su vinculación directa con el Ejecutivo nacional pasando por los que abogan por su inserción en el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE) a quienes, por otra parte, la ven como una organización de excesivo tecnicismo encontrándose de cara a importantes colectivos como los trabajadores, los sindicatos, las centrales sindicales, entre otros, con los que ha evitado contacto polarizando las expectativas entre ambos actores. —

Procedamos a analizar, sin carácter exhaustivo, los aspectos positivos que SERVIR ha desarrollado a lo largo de su vida institucional como justificación de sus cometidos organizacionales:

- i. Un dato relevante es entender que SERVIR se ha centrado, de manera exitosa, en cerrar brechas de conocimiento en cuanto a capacitación de personal independientemente del tipo de régimen de personal usando la plataforma MOOC dirigidas a nativos digitales e inmigrantes digitales, dentro de la gestión de la capacitación, generando expectativas positivas en el personal a lo largo del país atendiendo a que, hasta antes de ese momento, las capacitaciones eran entendidas como «una actividad relegada» (Iacoviello Mercedes, 2005, p. 20) dado que se decidían en base a criterios personales extra técnicos como el compañerismo, la adscripción al partido político del gobierno de turno, etc., para acceder a ellas.

Al centralizarse la capacitación y luego devolverla a sus destinatarios y no a los empleadores de estos últimos, reduce la discrecionalidad en su utilización garantizando, por otra, el acceso a ella llevando a que, en un entorno VUCA, los servidores gocen del beneficio de ser capacitados sin afectar su productividad o la conciliación de su vida laboral, familiar y personal.

- ii. Siempre dentro de la capacitación, la descentralización de la misma es una medida óptima que ha generado un impacto positivo ya que, al ampliarse el ámbito geográfico de su difusión, ha reducido la posibilidad de que el personal beneficiario asuma el costo de la misma generando nuevos conocimientos y reforzando aquellos ya existentes; esto, sin perjuicio de las capacitaciones internas a través del Plan de Desarrollo de Personas- PDP que pese a variar de administración a administración, deben seguir los criterios reglados del organismo rector.
- iii. El reconocimiento del trabajo remoto, a través de una frondosa actividad reglamentaria, como revolución frente al modelo laboral clásico del sedentarismo sobre el contexto de la COVID-19 y la posterior apuesta con el teletrabajo y su proyección a una generación de

nómadas digitales en el sector público atendiendo a que «el recurso humano es probablemente el principal elemento de cualquier organización; sobre todo en el Estado» (Martínez, 2022, p. 2) motivando, incluso, el uso de esta herramienta enfocada en la conciliación de la vida laboral con la personal y familiar en la atención de personas a cargo de cada servidor estatal.

- iv. El empoderamiento del jefe de recursos humanos o el que hiciera sus veces, en su calidad de nivel descentralizado del sistema de recursos humanos, frente a la experiencia precedente en donde dicho órgano se encontraba fuertemente atada al titular de turno quien, de manera visible o soterrada, era quien dictaba las líneas de acción de este órgano administrativo utilizando su poder para premiar o castigar, según conviniere.
- v. En cuanto a la adscripción de diversas entidades estatales al régimen del servicio civil como parte del tránsito a un régimen jurídico general (Iacoviello Mercedes, 2015, p. 12), su avance fue menor en los primeros años de existencia de la administración rectora dado el rigorismo de los requisitos previstos, plazos demasiado latos (Neves Mujica et al., 2013, p. 46) y la instintiva reacción de diversos grupos de interés al abrigo de experiencias negativas previas a nivel institucional; no obstante, a la fecha, su rango de aplicación es mayor hoy al haberse flexibilizado los requerimientos para tal propósito.
- vi. La creación del portal Talento Perú, enfocado en la obligatoria publicidad de ofertas de trabajo, así como de prácticas en el Estado peruano donde SERVIR centraliza la administración de dicho aplicativo (Informe Técnico N.º 001273-2021-Servir-GPGSC, 2.7., 2021), sin perjuicio de otros canales de difusión reduciendo la generación de concursos públicos encubiertos sancionando con nulidad (Informe Técnico N.º 0357-2023-SERVIR-GPGSC, 2.5., 2023) cualquier proceder arbitrario.

En este aspecto, el incumplimiento de los plazos para la publicidad está generando sendas investigaciones a nivel de control interno como el Informe de orientación de oficio N.º 030-2023-OCI/0827-SOO (Dirección Regional de Salud de Tumbes, 2023) lo que es un importante dato que evidencia el celo en la publicidad de las ofertas públicas de empleo.

- vii. La realización de programas inductivos con un enfoque de mayor especificidad al enfocarse en los directivos públicos destacando, de entre otros, el Programa de inducción para directivos públicos (PIDP) con el apoyo de la Cooperación Canadiense mediante el Proyecto MODSERV iniciado el 2024.

- viii. La emisión de opiniones técnicas en materia de dirección de personas, en el marco de su rectoría, reduciendo la disonancia de interpretaciones susceptibles de variación no solo entre sectores sino entre administraciones y los mismos órganos de la administración.

Desde dicho enfoque, al delinear las pautas del hacer público, deja poco espacio hacia interpretaciones caprichosas o inconstitucionales, con grave perjuicio de la cosa pública generando una respetada deferencia hacia el organismo rector.

- ix. La generación de un órgano de tutela cuasi jurisdiccional, dependiente del Ejecutivo, que recaer en el Tribunal del Servicio Civil que tiene su antecedente histórico en la ideación del Concejo Regional del Servicio Civil y del Tribunal del Servicio Civil que, en el marco del régimen jurídico estatutario de 1984, no llegarían a funcionar.

El Tribunal cuenta con competencias orientadas, entre otros aspectos, a resolver controversias individuales en materia de acceso al servicio civil, la evaluación y progresión en la carrera, el régimen disciplinario y la terminación de la relación de trabajo y el pago de retribuciones aunque una regulación posterior (Congreso de la República, Ley N.º 29951, 2012) le restara esta última competencia que la venía ejerciendo eficientemente dejando subsistente las demás; al efecto, este órgano resolutor alimenta su eficiencia con medios digitales tales como el Sistema de Gestión de Expedientes (SGE), el Sistema de Casilla Electrónica (SICE), el Subsistema de Casilla Electrónica Bidireccional (SICE Bidireccional), el Sistema de Gestión Documental (SGD) y el Subsistema de Expediente de Libre Acceso (EDLA) para una mejor administración.

Veamos algunos de los inconvenientes que ha afrontado SERVIR y la respuesta de dicha institución frente al estado de cosas que se ha ido presentando:

- i. El cuerpo de gerentes públicos enfocado en que pasarían “de ser sólo técnicos a verdaderos estrategias en la gestión pública” (Ramos Anampa, 2015, p. 14) como parte de la primera experiencia de entrada del rector en las instituciones públicas, no fue el más exitoso dado que dicho personal gozaba de mayores ingresos económicos respecto al de la institución en la que iban a prestar servicios generando, desde el principio, una carencia de sintonía al interior de cada administración.

Además, dichos directivos se distanciaban de la entidad a la que iban asignados al entender que venían de parte de la institución rectora no mostrando, salvo excepciones, ningún propósito de integrarse a la organización llegando a provocar tensiones, visibles o disimuladas según fuere el caso, en cuanto a las relaciones con el personal.

- ii. Se ha descuidado coincidir con los grupos de interés, en especial con los sindicatos, en los beneficios del tránsito al servicio civil como parte de la mejora institucional de cada organización administrativa; en este orden de ideas, no resulta conveniente que, a los ojos de la opinión pública, dicha adscripción carezca de concertación dado que aún permanecen frescas las negativas experiencias de las evaluaciones de personal y de los ceses individuales y colectivos irregulares, producto del fujimorato.
- iii. Obra un tibio acercamiento de SERVIR a la academia a efectos de generar impacto en el público sobre las bondades y beneficios tangibles del modelo del servicio civil; una gran expectativa ha llegado con la realización del Congreso Anual del Servicio Civil, realizado del 28 al 30 de junio de 2024, a nivel presencial y virtual superando, en cuanto a esto último, más de mil personas conectadas al evento.
- iv. El ejercicio de la actividad supervisora del organismo rector (Autoridad Nacional del Servicio Civil, Resolución de Presidencia Ejecutiva N. ° 000078-2020-SERVIR/PE Lima, 2020) parecería haber concluido en la regulación jurídica expedida al efecto sin tenerse mayores noticias de manera posterior atendiendo a que, en la realidad, no ha ido escoltado de la necesaria difusión para reducir los cuestionamientos a convocatorias a concursos públicos amañados en sectores sensibles como el de la educación y la salud.
- v. Se ha descuidado el comunicar, hacia el público, los avances de su actividad de manera sostenida en el tiempo llegando a evidenciarse que es abundante la incidencia sobre los nativos digitales-a través de aplicativos tales como Facebook, Instagram, Twitter, Tik Tok, entre otros- más no sobre quienes no lo son (los inmigrantes digitales) cuyo contacto con la tecnología es mínimo en tanto que, respecto de ellos, de manera correlativa, el acceso a medios informativos clásicos es evidente; en este aspecto, se aprecia un fuerte divorcio entre el actuar técnico y la publicidad de su actuar a efectos de que la experiencia de la opinión pública sea beneficiosa a esta organización rectora.

El conjunto de situaciones en pro y en contra, tal como han sido analizadas de nuestra parte, no constituyen factor determinante de suficiencia para echar por la borda el esfuerzo de institucionalización de la dirección de personas en el Estado peruano a través de una organización con rectoría para tal propósito siendo necesaria un mayor interacción de SERVIR con la política para deshacerse de la percepción ciudadana de administración burocrática, que fragmenta lo político de lo técnico (Ubasart-González, 2018, p. 43) con el cual incorrectamente se le asocia en el colectivo público. Cabe aquí indicar que, a nivel organizacional, la medición de los cambios no es un fenómeno inmediato sino secuencial en el tiempo y que, de otra parte, la identificación de los resultados debe verse escoltado con acciones de retroalimentación tangibles que vayan destinadas

a superar aquellos rubros que necesitan un espacio de mejora dentro de una administración deliberativa (Brugué, 2009); en este aspecto, se sugiere que los políticos se tomen el tiempo necesario para la concertación de posiciones entre los diversos grupos de interés y el propio rector a efectos de encontrarse fórmulas de conveniencia mutua que sepan aquilatar los requerimientos de los trabajadores como colectivo con el interés público, innato a la rectoría, para beneficio de todos los ciudadanos sobre la base de que “por medio del deliberar juntos y del actuar en común pueden los ciudadanos aprender la importancia del interés por lo público y el respeto a los derechos de los otros” (Cortés Rodas, 2012, pp. 28–29)

Conclusiones

El ejercicio de competencias técnicas de la administración difícilmente nunca de ser objetivo de lo político ya que toda organización requiere delinear previos comandos para la ejecución de sus acciones que funcionen, como puntos reflejos, frente a su diario hacer no dejando de caer, en dicha aproximación, las organizaciones jurídico-públicas que ejercen rectoría en los sistemas de su competencia.

En este aspecto, se reclama una adecuada sinergia entre ambos de acción dado que la finalidad última es la atención al ciudadano quien termina siendo olvidado en esta situación tensa.

Para el caso de la Autoridad Nacional del Servicio Civil, es constante la potencial divergencia entre lo técnico y político dado que se aboca a ejercer rectoría sobre un verdadero ejército de personal civil que son quienes prestan servicios a la administración pública quienes, a su turno, también tienen acceso al espacio congresal del país teniendo la capacidad de recrear la realidad en materia de personal. Cabe indicar que, un ágil movimiento de ajedrez, SERVIR debe abrirse a espacios de concertación entre lo laboral y lo sindical reduciendo la (real o creada) polarización que se genera en el descuido de tomarle el pulso a la ciudadanía y a quienes van a recibir los efectos de las decisiones a ser tomadas: los trabajadores. Nadie niega el carácter técnico de sus competencias y lo mucho que se ha avanzado en materia de servicio civil más aún cuando se ha abocado a hacer frente a la pandemia del COVID-19 que ha sido, hasta donde se conoce, el mejor muestrario del entorno VUCA en el país.

Sin embargo, como ha sido dicho, es imperativo que haya un mayor énfasis en la publicidad de sus acciones siendo necesario diferenciar en su proyección a los inmigrantes digitales que son el grueso grupo que carga el infeliz recuerdo de la ineficiencia estatal de los nativos digitales que se mueven, con mayor facilidad, en el contexto VUCA.

Referencias

- Aguilar Astorga, C. (2020). Reflexiones en torno a la pertinencia de las políticas públicas con enfoque de derechos. Retos y oportunidades frente al Covid-19. *Reporte CESOP: La humanidad a prueba*, (132), 33-43 <https://acercandote.org/wp-content/uploads/2022/09/CESOP-IL-72-14-ReporteCesop132e-120520.pdf#page=34>
- Alva Mendoza, J., Arriola Laura, G., & Ramos Coronado, V. (2018). Entre el entusiasmo y la indiferencia. Expectativas y acciones de la baja y mediana burocracia frente a la Reforma del Servicio Civil en dos ministerios peruanos. *Politai: Revista de Ciencia Política*, 9(17), 90–118. <https://doi.org/10.18800/politai.201802.003>
- Basadre, J. (1992). *Perú, problema y posibilidad: y otros ensayos* (Vol. 177). Fundación Biblioteca Ayacucho.
- Bennett, N., & Lemoine, J. (2014). Lo que VUCA realmente significa para ti. *Harvard Business Review*, 92(27). <https://tinyurl.com/2bk2to95>
- Blanco Silva, F. (2022). Propuesta de criterios de actualización profesional del trabajador público: *Revista A&C*, 16(2), 383–390. <https://doi.org/10.36402/ac.v16i2.4779>
- Bouillón Buendía, C. (1992). *Ciclos y tendencias en la economía peruana: 1950-1989* (1st ed.). Universidad del Pacífico- Centro de Investigación. <http://hdl.handle.net/11354/1619>
- Brugué, J. (2009). Una administración que habla es una administración que piensa. En I. Celaya et al. (Coords.). *Participación ciudadana para una administración deliberativa* (pp. 55-72). Diputación General de Aragón.
- Cao, H., & Blutman, G. (2023). Escenarios futuros para el Estado y la Administración Pública. *Colección*, 34(1), 33–66. <https://doi.org/10.46553/colec.34.1.2023.p33-66>
- Castellani, A. (2018). Lobbies y puertas giratorias: Los riesgos de la captura de la decisión pública. *Nueva Sociedad*, 276, 46–61. <https://tinyurl.com/ywy48hcn>
- Chang Rodríguez, E. (1960). Perú, país adolescente. *Hispania*, 43(3), 368-371. <https://doi.org/10.2307/335488>
- Congreso de la República. (2024). Comisión y Seguridad Social. Período anual de sesiones 2023-2024. Proyectos de ley N.º 7107/2023-CR, N.º 7156/2023-CR y N.º 7267/2023-CR. <https://wb2server.congreso.gob.pe/spley-portal-service/archivo/MTg1ODUz/pdf>
- Cortázar Velarde, J. C. (2002). La reforma de la administración pública peruana (1990-1997): Conflicto y estrategias divergentes en la elaboración de políticas de gestión pública. *Red De Transparencia Y Gestión De La Política Pública Tercera Reunión: La Reforma Del Servicio Civil*. <https://doi.org/10.18235/0011909>

- Cortés Abad, Ó. (2020). La Administración tras el coronabreak. Políticas para ¿un nuevo paradigma administrativo? *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, 24, 6–23. <https://doi.org/10.24965/gapp.i24.10811>
- Cortés Rodas, F. (2012). reto de la democracia ante el despotismo: Benjamin Constant y Alexis de Tocqueville. *Estudios Políticos (Medellín)*, 40, 15–37. <https://doi.org/10.17533/udea.espo.13201>
- Cosamalón, J., Armas, F., Deústua, J., Monsalve, M., & Salinas, A. (2021). *Población y mercado laboral, 1827-1940. Compendio de historia económica del Perú. Economía de la primera centuria independientemente* (Vol. 4). Banco Central de Reserva del Perú & IEP Instituto de Estudios Peruanos. <https://www.bcrp.gob.pe/docs/Publicaciones/libros/historia/4-economia-de-la-primera-centuria-independiente.pdf>
- Covarrubias Moreno, O. M. (2020). VUCA World y lecciones de interdependencia COVID-19. *GIGAPP Estudios Working Papers*, 7, 513–532. <https://tinyurl.com/22l2deuz>
- Danós Ordoñez, J. (2003). La reforma administrativa en el Perú. *Derecho & Sociedad*, 21, 252–264. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechosociedad/article/view/17379>
- Decreto Legislativo N.º 1602, Decreto Legislativo que modifica la Ley N.º 30057, Ley del Servicio Civil. (21 de diciembre de 2023). <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/5582462/4959827-decreto-legislativo-1602.pdf?v=1703167191>
- Decreto Legislativo N.º1023, Decreto Legislativo que crea la Autoridad Nacional del Servicio Civil, rectora del sistema administrativo de gestión de recursos humanos. (21 de junio de 2008). <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/5688812/5051877-creacion-de-la-autoridad-nacional-del-servicio-civil-servir.pdf?v=1705414151>
- Decreto Legislativo N.º111, Ley del Instituto Nacional de Administración Pública. (1981). <https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/DecretosLegislativos/00111.pdf>
- Decreto Ley N.º11377, Estatuto y Escalafón del Servicio Civil. (1950). <https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/Leyes/11377.pdf>
- Decreto Supremo N.º082-2023-PCM, Decreto Supremo que aprueba el Reglamento de la Ley N.º 31564, Ley de prevención y mitigación del conflicto de intereses en el acceso y salida de personal del servicio público. (19 de julio de 2023). <https://busquedas.elperuano.pe/dispositivo/NL/2197427-1>
- Dirección Regional de Salud de Tumbes. (2023). Informe de orientación de oficio N.º 030-2023-OCI/0827-SOO. In *Órgano de Control Institucional*. Órgano de Control Institucional.
- Escobedo Mansilla, R. (1978). *El tributo indígena en el Perú. Siglos XVI y XVII* [Tesis Doctoral, Universidad de Navarra]. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=163954>

- Figueroa, A. (1982). El problema distributivo en diferentes contextos socio-políticos y económicos: Perú, 1950-1980. *Desarrollo Económico*, 22(86), 163–185.
<http://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/46690>
- Gonzales de Olarte, E. (2015). *Una economía incompleta. Perú 1950-2007: Análisis estructural*. Fondo Editorial de la PUCP. <https://files.pucp.education/departamento/economia/lde-2015-05.pdf>
- Iacoviello Mercedes. (2015). *Diagnóstico institucional del servicio civil en América Latina: Perú*. Banco Interamericano de Desarrollo. - BID.
<https://webimages.iadb.org/publications/spanish/document/Diagn%C3%B3stico-institucional-del-servicio-civil-en-Am%C3%A9rica-Latina-Per%C3%BA.pdf>
- Iacoviello, M. (2005). *Diagnóstico institucional de sistemas de servicio civil: Resultados del análisis por subsistemas*. V Reunión de la Red de Gestión y Transparencia de la Política Pública.
<https://tinyurl.com/28b7m5fk>
- Lahera, E. (2004). *Política y políticas públicas*. CEPAL. <https://hdl.handle.net/11362/6085>
- Ley N.º31564, Ley de prevención y mitigación del conflicto de intereses en el acceso y salida de personal del servicio público. (17 de agosto de 2022).
<https://busquedas.elperuano.pe/dispositivo/NL/2096431-2>
- Ley N.º26507, Declaran en disolución al Instituto Nacional de Administración Pública. (1995).
<https://docs.peru.justia.com/federales/leyes/26507-jul-19-1995.pdf>
- Ley N.º29951, Ley de presupuesto del sector público para el año fiscal 2013. (4 de diciembre de 2012). <https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/Leyes/29951.pdf>
- Ley N.º30057, Ley del Servicio Civil. (04 de julio de 2013).
<https://diariooficial.elperuano.pe/Normas/obtenerDocumento?idNorma=78>
- Ley N.º31131, Ley que establece disposiciones para erradicar la discriminación en los regímenes laborales del sector público. (09 de marzo de 2021).
<https://busquedas.elperuano.pe/dispositivo/NL/1933248-1>
- Luyo Rodríguez, M. E. (2019). La carrera administrativa: su necesaria observancia para la regulación de la negociación colectiva en materia remunerativa de los servidores públicos en el Perú. *Revista Derecho & Sociedad*, 53, 171–182.
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechosociedad/article/view/21799/21311>
- Martínez, J. (2022). Reforma del servicio civil: recuento de lo que ha ocurrido, la calamitosa situación actual y posibles caminos a seguir en el corto plazo. *Documento de Políticas Públicas*, 6, 1–14. <https://gobiernoygestionpublica.edu.pe/iggp1/wp-content/uploads/2022/08/DPP.N%C2%B06.2022.pdf>

- Montero, G. (2017). De tecnócratas a tecno políticos: el reto de la gestión pública. *Saber Servir: Revista de La Escuela Nacional de Administración Pública Del Perú*, 1, 80–90.
<https://revista.enap.edu.pe/index.php/ss/article/view/8>
- Neves Mujica, J., Cortés Carcelén, J., & Miranda Hurtado, G. (2013). Discusión en torno a la Ley del Servicio Civil. *Ius et Veritas*, 23(46), 430–440.
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/11981>
- OCDE. (2016). *Construcción de un servicio civil estable y profesional en el Perú*. En *Estudios de la OCDE sobre Gobernanza Pública: Perú: Gobernanza integrada para un crecimiento inclusivo* (pp. 205–245). OECD Publishing. <https://doi.org/10.1787/9789264265226-9-es>
- OCDE. (2018). *Programa País OCDE-Perú. Resúmenes ejecutivos y principales recomendaciones*. [https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5_uibd.nsf/AEFD80733CA9026B052582650054263F/\\$FILE/1_programa_pais_ocde-peru.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5_uibd.nsf/AEFD80733CA9026B052582650054263F/$FILE/1_programa_pais_ocde-peru.pdf)
- Ramió, C. (2008). *La profesionalización de las agencias reguladoras en América Latina: Los casos de Perú y de República Dominicana* (F. Longo & C. Ramió, Eds.). Fundación CIDOB. https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/53E2CA8D5D52738A05257CDE001EE24E/%24FILE/1_pdfsam_ProfesionalizacionEmpleoPublicoAL.pdf
- Ramos Anampa, M. (2015). *¿Mejores directivos, mejor Estado? Cuerpo de gerentes públicos del Perú: logros y desafíos*. [Tesis de maestría, Universidad de Chile]. <https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/137532/Mejores-directivos-mejor-estado-cuerpo-de-gerentes-publicos-del-Peru-logros-y-desafios.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Rastrollo Suárez, J. J. (2021). Talentos y virtudes: la necesidad de profesionalización del servicio civil en el Perú. *THEMIS Revista de Derecho*, 80, 209–223.
<https://doi.org/10.18800/themis.202102.010>
- Rey Navarro, W., & Morales Carrión, C. (2022). El Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos y la Ley del Servicio Civil en la Universidad Nacional del Centro del Perú- 2018-2019. *Prospectiva Universitaria*, 16(1), 117–120.
<https://doi.org/10.26490/uncp.prospectivauniversitaria.2019.16.1087>
- Salazar Vega, E. (13 de marzo, 2022). *Puertas giratorias: los intereses privados y los organismos reguladores*. Ojo Público. <https://ojo-publico.com/3371/puertas-giratorias-sector-privado-y-organismos-reguladores>
- Saravia Salazar, J. I. (2020). La gestión pública en el Perú en perspectiva histórica (siglos XIX-XXI). En *Líneas Generales*, (2), 143–161.
<https://doi.org/10.26439/en.lineas.generales2018.n002.2674>
- Sheahan, J. (2001). *La economía peruana desde 1950. Buscando una sociedad mejor*. IES Instituto de Estudios Peruanos.

- Soledispa-Rodríguez, X. E., Zea-Barahona, C. A., & Santistevan-Villacreses, K. L. (2020). La nueva gestión pública retos y oportunidades. *Polo Del Conocimiento: Revista Científico - Profesional*, 5(9), 371–381.
<https://polodelconocimiento.com/ojs/index.php/es/article/view/1695>
- Tantaleán Arbulú, J. (1983). Políticas, técnicas e instrumentos económicos del Estado. Perú, 1821-1879. *Economía*, 6(11–12), 47–112. <https://doi.org/10.18800/economia.198301.002>
- Tomás Biendicho, J. E. (2014). *Análisis y propuestas de mejora de las actuales reformas en la Administración Pública*. [Trabajo Fin de Carrera, Universidad Politécnica de Valencia].
<https://riunet.upv.es/handle/10251/38962>
- Ubasart-González, G. (2018). Transformaciones en la cultura política y demandas de participación: nuevos retos para los actores políticos y las instituciones públicas. *Dilemata*, 27, 37–54.
<https://www.dilemata.net/revista/index.php/dilemata/article/view/412000213>
- Ugarte, M., Rivero, J. C., & Bautista, D. (2021). *¿Por qué las reformas administrativas no logran los resultados esperados?* Pontificia Universidad Católica del Perú.
https://gobierno.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2021/12/dp_reformas-administrativas.pdf

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 investigación jurídica: ¿es viable?

The legal research: is it viable?

Manuel Bermúdez-Tapia*¹

Universidad Privada San Juan Bautista (Lima, Perú)

manuel.bermudez@upsjb.edu.pe

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

Recibido: 19/06/2024

Aceptado: 04/10/2024

Publicación online: 18/12/2024

*Autor correspondiente

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



Cómo citar este trabajo

Bermúdez-Tapia, M. (2024). La investigación jurídica ¿es viable? *Chornancap Revista Jurídica*, 2(2), 153-165.
<https://doi.org/10.61542/rjch.83>

RESUMEN

En el Perú, las universidades y centros de investigación han asumido que los procesos de investigación se desarrollan bajo una condición estándar y que pueden ser planificados y ejecutados de forma aleatoria y sin una proyección que implique un contexto progresivo en el tiempo. En consecuencia, no se pueden proyectar objetivos concretos y tangibles que incidan en beneficio de la sociedad. En el ámbito jurídico, el desarrollo, registro y publicación de investigaciones parecería que no tiene un propósito en el largo plazo y ello se acredita con un registro de menos de cien investigadores en el RENACYT. Ante este panorama el objetivo del documento es demostrar la escasa importancia a la regulación, trabajo institucional académico y evaluación de resultados que se le asigna a las investigaciones jurídicas en el país.

Palabras clave: Investigación jurídica, Investigadores RENACYT, Publicaciones, Revistas Scopus, Productos de investigación.

ABSTRACT

In Peru, universities and research centres have assumed that research processes are carried out under standard conditions and can be planned and executed randomly, without a projection involving a progressive context over time. As a result, it is impossible to set concrete and tangible objectives that benefit society. In the legal field, the development, registration, and publication of research seem to lack a long-term purpose, as evidenced by the record of fewer than one hundred researchers in RENACYT. Given this scenario, the document's objective is to demonstrate the limited importance given to regulation, academic institutional work, and the evaluation of results in legal research in the country.

Keywords: Legal research, RENACYT researchers, Publications, Scopus journals, Research outputs.

Introducción

Con el cambio del reglamento del RENACYT el registro de investigadores vinculados al ámbito jurídico pasó de tener 41 abogados registrados (DINA, 2024a) a un total de 1718 investigadores (DINA, 2024b). El registro gráfico es el siguiente:

Imagen 1

Número de investigadores calificados en el registro RENACYT con reglamento 2018

Reglamento: RENACYT 2018 (RP 215-2018-CONCYTEC-P)

Y: ' (empty)

Área OCDE: Ciencias Sociales

+ Añadir campo de búsqueda

Buscar

N° Investigadores calificados: 41
[Descargar \(Excel, CSV\)](#)

Manual de usuario: [Descargar](#)
 Reglamento RENACYT 2021: [Descargar](#)

Código Renacyt	Tipo y N° Documento	Investigador	Filiación según CTI VITAE (AUTODECLARADO)	Condición de Actividad al 18/06/2024	Reglamento	Nivel	Fecha de ingreso Renacyt	Fecha de su última producción científica	Emisión de Constancia	Viger
----------------	---------------------	--------------	---	--------------------------------------	------------	-------	--------------------------	--	-----------------------	-------

Nota. DINA (2024a)

Imagen 2

Número de investigadores calificados en el registro RENACYT con reglamento 2021.

Reglamento: RENACYT 2021 (RP 090-2021-CONCYTEC-P)

Y: ' (empty)

Área OCDE: Ciencias Sociales

+ Añadir campo de búsqueda

Buscar

N° Investigadores calificados: 1718
[Descargar \(Excel, CSV\)](#)

Manual de usuario: [Descargar](#)
 Reglamento RENACYT 2021: [Descargar](#)

Código Renacyt	Tipo y N° Documento	Investigador	Filiación según CTI VITAE (AUTODECLARADO)	Condición de Actividad al 18/06/2024	Reglamento	Nivel	Fecha de ingreso Renacyt	Fecha de su última producción científica	Emisión de Constancia	Viger
----------------	---------------------	--------------	---	--------------------------------------	------------	-------	--------------------------	--	-----------------------	-------

Nota. DINA (2024b)

Una referencia positiva que no es muy grato en el ámbito jurídico, donde sólo se han registrado en el registro RENACYT un aproximado de cien abogados (DINA, 2024c), conforme hemos detallado en un trabajo previo (Bermúdez-Tapia, 2024, p.24).

Imagen 3

Número de investigadores calificados en el registro RENACYT en la sub área OCDE de Derecho.

Reglamento: RENACYT 2021 (RP-090-2021-CONCYTEC-01)

Área OCDE: Ciencias Sociales

Sub-área OCDE: Derecho

+ Añadir campo de búsqueda

N° Investigadores calificados: 152
[Descargar \(Excel, CSV\)](#)

Manual de usuario: [Descargar](#)
Reglamento RENACYT 2021: [Descargar](#)

Código Renacyt	Tipo y N° Documento	Investigador	Filiación según CTI YITAE (AUTODECLARADO)	Condición de Actividad al 08/12/2024	Reglamento	Nivel	Fecha de ingreso Renacyt	Fecha de su última producción científica	Emisión de Constancia	Vigencia	Ver calificaciones	Contactar Investigador
----------------	---------------------	--------------	---	--------------------------------------	------------	-------	--------------------------	--	-----------------------	----------	--------------------	------------------------

Nota. DINA (2024c)

Una referencia complicada de evaluar si se toma en cuenta que en el país existen abogados con grados académicos y con un registro de publicaciones significativos, como:

- a) Domingo García Belaúnde (Concytec, 2024a)
- b) César Landa Arroyo (Concytec, 2024b).

Dos referencias que permiten detallar que abogados con una notoriedad internacional, con publicaciones de libros editados y difundidos en el extranjero, con textos registrados en revistas científicas con indización en Elsevier-Scopus y con una alta referencia académica en el ámbito universitario no forman parte del Registro RENACYT. Un detalle que permite evaluar las razones por las cuales *algunos* investigadores están el registro y otros no, porque en esencia no se puede analizar el trabajo individual sino la producción académica a nivel de investigaciones.

Consecuentemente, la relación de los abogados investigadores que ejercen docencia universitaria no puede ser considerada como un elemento aleatorio, de autonomía sin registro o parámetro de control, seguimiento y complementación en el ámbito de sus universidades de origen o de afiliación académico-profesional institucional.

En este punto, es importante detallar que las investigaciones jurídicas pueden ser en varios niveles, pero ello no implica una referencia de calidad o de cualidad por cuanto esto no ha sido determinado bajo una referencia objetiva, con lo cual parecería que el registro que detalla el Renacyt podría ser un reflejo de una realidad que no es tan objetiva a primera vista.

Ante estas referencias es importante entonces determinar cómo es el proceso de investigación que se puede registrar en el país con el ánimo de hacer una institucionalidad en el ámbito académico universitario, especialmente porque consideramos que el reglamento del Concytec respecto del registro de investigadores tiene muchos elementos negativos en el ámbito de la profesión de los abogados que se ven obligados a registrarse y ejecutar actividades académicas como si su actividad fuera equivalente a la que se ejecuta en otras áreas científicas o académicas.

Materiales y métodos

Se plantea un estudio basado en un enfoque cualitativo, de diseño observacional de la práctica académica profesional en el ámbito jurídico conforme el esquema de trabajo que desarrollan los investigadores registrados en el RENACYT que tengan la profesión de abogados. La investigación es de tipo descriptivo, transversal y con un enfoque analítico donde se hace el estudio de la producción académica dedicada al ámbito jurídico.

Las variables en el presente estudio serían:

- a) Respecto del objeto de estudio: se analizará la producción académica que contabiliza puntaje y creditaje (Caho Rodríguez & Rocha Gutiérrez, 2017), en el sistema RENACYT por parte de abogados investigadores, con el propósito de evaluar si esta actividad responde a una línea de trabajo predeterminada por su universidad o si corresponde a una iniciativa autónoma del académico.
- b) Respecto del período de tiempo se analizará la producción académica registrada en Elsevier-Scopus en los últimos tres años que se registra en el sistema RENACYT respecto de abogados investigadores.
- c) Dado que la evaluación se centra en la producción académica, el ámbito geográfico del estudio es a nivel nacional.
- d) La casuística evaluada en este punto está centrada en la producción académica publicada en revistas bajo indización de (Elsevier-Scopus, 2024).
- e) En la evaluación del marco normativo nos basaremos en la legislación que aplica el Concytec respecto del Registro RENACYT.

Se presenta el estudio en base a los resultados parciales del proyecto de investigación “Retos de la institucionalidad del Estado de Derecho en el Perú: Análisis de la gobernabilidad, la democracia y el fortalecimiento de DDHH en la atención a emergencias sociales”, aprobado con Resolución de Vicerrectorado de Investigación y Responsabilidad Social N° 024-2023-VRIRS-UPSJB (Universidad Privada San Juan Bautista, 2023).

El objetivo del documento es demostrar la escasa importancia a la regulación, trabajo institucional académico y evaluación de resultados que se le asigna a las investigaciones jurídicas en el país, en las cuales no se evidencia un programa uniforme de producción académica ni tampoco se registra el proceso progresivo y bajo cumplimiento de metas académicas que las universidades han planteado, pese a tener una realidad social que podría requerir una mayor investigación en las principales áreas de desarrollo jurídico en lo académico.

1. El registro RENACYT: ¿Qué se evalúa?

El Registro Nacional Científico, Tecnológico y de Innovación Tecnológica de los profesionales que ejecutan actividades de investigación en el ámbito académico y profesional, tanto en el país como en el extranjero, RENACYT en adelante (Estado peruano, 2024), permite *evaluar* el nivel de relevancia de la producción académica y profesional de un investigador y lo hace en ocho niveles, desde el “investigador distinguido” al “investigador nivel VII”.

Como se ha detallado previamente, menos de cien investigadores tienen la profesión de abogados, son investigadores registrados en RENACYT y muchos de ellos no tienen gran producción bibliográfica en revistas indizadas en catálogos que generan creditaje en Concytec.

Ante ello, consideramos que los elementos que actualmente son los elementos objetivos no están correctamente evaluados para todas las profesiones (Castaño Duque et al., 2014, p.46) y con mayor énfasis para los colegas abogados que desarrollan investigaciones, conforme la siguiente descripción.

Imagen 4

Registro de elementos de evaluación en Concytec-Renacyt

Datos Generales	Experiencia Laboral	Formación Académica	Idiomas	Líneas de Investigación	Proyectos (I+D+i)	Producción Tecnológica y/o Industrial	Producción Científica	Distinciones y premios
-----------------	---------------------	---------------------	---------	-------------------------	-------------------	---------------------------------------	-----------------------	------------------------

Nota. DINA (2024)

Sin embargo, en este punto es conveniente detallar los defectos del sistema, si por ejemplo lo comparados con el modelo colombiano (Vélez-Cuartas et al., 2014, p.56):

a) Respecto de la Experiencia laboral.

- i. No hay una diferenciación del nivel de la actividad profesional. No es lo mismo ser “abogado que ejerce docencia universitaria” que la de ser “magistrado” que ejerce docencia.

Eventualmente no existe ninguna diferencia sobre los “niveles” en la docencia ni tampoco hay una condición que valore la actividad académica de alta calidad, por ejemplo, a nivel de docencia en el extranjero, que no tiene calificación alguna.

- ii. El rango del docente es un valor insignificante. Profesores “principales” tienen el mismo valor que un profesor contratado para el dictado de un solo curso.

Profesores con años en la docencia que no registran ninguna publicación o actividad profesional significativa tienen el mismo puntaje que un docente que acaba de iniciar sus labores en una universidad.

- iii. El ingreso a la docencia universitaria tampoco es considerado significativo. No es lo mismo ser profesor nombrado en una universidad nacional que en una universidad privada, como tampoco es lo mismo ser nombrado en una de las primeras universidades del país, conforme rankings mundiales que ser parte del grupo de universidades que siempre tienen registros negativos de imagen académica y profesional porque sus alumnos o profesores no desarrollan sus actividades con ética o diligencia.

- iv. No hay una fórmula que permita evaluar y registrar la actividad profesional en el ámbito. Eventualmente un abogado litigante no podría desarrollarse en el ámbito académico porque el tiempo le sería escaso. Tampoco a un magistrado se le puede exigir un nivel de docencia de alta especialización porque los tiempos le son limitados, conforme su propia Ley Orgánica.

b) Respecto de la formación académica.

- i. Egresar de una universidad que tiene bajos niveles de calidad y de registro académico en el país genera el mismo peso profesional y académico que egresar de la Pontificia Universidad Católica del Perú o de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

Un defecto del sistema universitario que a nuestro criterio debería considerar los rankings universales y adicional un valor significativo que se “añada” al egreso universitario para que así las universidades tengan como incentivo institucional el mejorar sus niveles académicos y profesionales para así evitar tener egresados con un bajo récord personal.

- ii. El punto precedente además se complementa con el contexto de los grados académicos. El obtener un grado académico en el extranjero (i), en un programa de posgrado en un idioma ajeno al castellano (ii) y con una tesis con una mención de sobresaliente (iii), no puede tener el mismo peso en el creditaje que el egresar de una universidad donde el fundador sea cuestionado por actos de piratería y mala fe académica en su licenciatura y en sus dos grados académicos de maestría y doctorado.
- iii. La segunda profesión, las segundas especialidades tampoco cuentan.
- iv. El registro de varios grados académicos tampoco es contabilizado porque existe un máximo de puntaje en el rubro.

Un criterio que es ineficaz y que podría mejorarse si se considera que a partir de los iniciales grados sólo se podrían registrar y acreditar los grados académicos obtenidos en el extranjero.

- c) Respecto de los idiomas, consideramos que este ítem es una referencia ambigua que no registra ninguna condición de calidad o de vinculación con la actividad académica, salvo que se vincule con la producción y registro de actividades en otro idioma. Pero esa condición no es la detallada por el Concytec.
- d) Respecto de las “líneas de investigación” y “Proyectos (I+D+I)” consideramos que tampoco permite una evaluación de calidad del trabajo académico de un investigador, perdiéndose la oportunidad de un registro mucho más detallado y formalizado por parte de las universidades.

En este punto, consideramos que deberían ser las universidades las únicas entidades autorizadas para “acreditar” a sus investigadores conforme sus producciones y publicaciones.

- e) Respecto de la “Producción tecnológica y/o industrial” consideramos que podría ser un punto referencial, pero debería estar vinculado al ámbito de la especialidad del profesional.

Téngase en cuenta que la “venta” de trabajos académicos en revistas internacionales ha generado un espacio que aún no ha sido fiscalizado en el país y el registro de “patentes” sin ninguna vinculación a la especialidad del profesional es también una referencia que no ha sido evaluada en el Concytec.

Parece ilógica la referencia, pero en el instituto que “evalúa” la investigación en el país, el escaso margen a la fiscalización de lo que se “investiga” y se “registra”, parece que fuera contradictorio y esto implica una pésima evaluación del método de registro de producción académica.

- f) Respecto de la “Producción científica”.

Los “libros” y las revistas científicas con algún nivel de indización no son contabilizados.

Un defecto que en el caso de los “libros” debería ser modificado porque esto tampoco guarda relación con la ley que promueve la difusión de libros en el país y que incide en la mejora de la calidad académica formativa.

- g) Respecto de las “Distinciones y premios”, consideramos que esta referencia debería ser eliminada porque promueve lo social y no lo académico.

Como se podrá observar, el registro RENACYT es muy “amplio” pero disperso e ineficaz y permite que se registre “cantidad” y no “calidad” a primera impresión.

2. El trabajo académico profesional de los abogados

Dado que la *producción académica* es uno de los pocos elementos que son evaluables en el ámbito del Concytec respecto del registro RENACYT, es conveniente detallar que el punto de referencia positivo es la publicación en revistas científicas indizadas en el catálogo Elsevier-Scopus.

Sin embargo, la publicación en estas revistas no es tarea sencilla para los investigadores que son abogados y docentes universitarios y la mayoría de estas condiciones negativas pasan por estas referencias:

- a) Los abogados peruanos suelen analizar *la realidad social, política y económica* nacional, consecuentemente los trabajos son muy “locales”.

Un detalle que en el ámbito editorial de las revistas científicas es significativo porque reduce el impacto de lectura y de citabilidad de los trabajos académicos de sus autores. Por tanto, las revistas científicas suelen descartar estos trabajos porque no generan una visibilidad amplia del investigador (i), del texto que podría ser publicado (ii) o del contenido teórico que se expone (iii), porque ya existe una condición que limita su alcance.

- b) Los investigadores jurídicos suelen centrar su atención en los efectos de una ley recientemente promulgada (i) o en los alcances de una jurisprudencia (ii).

Condiciones que nuevamente condicionan el efecto ampliatorio que debería tener un producto académico publicable porque las editoriales requieren información dogmática que pueda ser de interés en el ámbito comparado y regional (Carruteiro Lecca, 2014, p. 174).

- c) Las investigaciones “locales” suelen abusar de las referencias bibliográficas de colegas con los que se hace “citas cruzadas” y no se toma en cuenta el uso de bibliografía con doi o con registro de identificación de la revista que ha publicado un documento.

En este punto, las editoriales suelen enfatizar la importancia de la *información empleada* y por tanto es necesario que un investigador pueda acreditar que la información que ha empleado sea *registrada* y localizada.

Un detalle que se evidencia en la publicación de revistas jurídicas locales donde las editoriales admiten y aceptan que sus autores puedan publicar sin hacer mención a fuentes bibliográficas o que estas sólo hagan mención a los “trabajos publicados” por el autor.

El defecto de no registrar las citas además de acreditar la pésima condición de un profesional en lo ético y en lo académico evidencia la escasa valoración al *trabajo de investigación* que sustenta un producto publicable.

- d) Las investigaciones que producen un documento que puede ser remitido a una evaluación para una eventual publicación no suelen tener registro de la metodología empleada (Soto Bardales, 2013, p. 33).

Un detalle que permite detallar la escasa cultura en la formación académica que se ejecuta en las universidades peruanas que suelen confundir un “ensayo” con una “monografía” y que ambas pueden ser trabajos publicables como un “artículo”.

- e) Los trabajos que podrían ser publicables en una revista científica a nivel jurídico tienen una complicación adicional en lo científico: en el Perú sólo hay dos revistas científicas con el registro Scopus: Derecho PUCP e *Ius et Veritas*, ambas en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

De la evaluación de estas revistas, los académicos nacionales tienen una baja participación porque el formato Scopus exige una visión de internacionalización, con lo cual pocos abogados que investigan podrían publicar en estas dos revistas.

Como se puede evidenciar, la publicación en una revista científica a nivel Elsevier-Scopus no es tan sencillo, pero permite detallar la calidad de la producción publicable porque esta ha tenido que superar:

- a) La evaluación que al inicio ejecutó el editor de la revista, que admite o rechaza automáticamente el documento.
- b) La evaluación de dos pares ciegos, quienes por regla general siempre condicionan el contenido del documento a sus propias condiciones académicas, porque les es posible.

En este sentido, es posible visualizar publicaciones con un bajo nivel académico junto a textos con un alto valor dogmático o referencial y esto es porque los niveles de evaluación no se establecen por una referencia académica tan exigente porque se les permite a los evaluadores tener un margen de discreción.

- c) El formato editorial o de edición de la revista suele ser complicado de analizar para los abogados peruanos especialmente porque los niveles de citabilidad no son muy aceptados dado que no existe una cultura que promueva las citas o su registro en varios niveles o formatos de citabilidad.

En forma complementaria, respecto de las evaluaciones a nivel de Tesis, consideramos que este registro es sólo nominal y que no incide en la actividad de la investigación porque las universidades no llevan un registro de esta actividad.

No se suele tomar en cuenta el *proceso de asesoría* como si esta fuera una condición irrelevante o ajena al contexto de desarrollo de una tesis.

En varias universidades, sobre todo las más informales, los directores de las facultades o de unidades de posgrado registran muchas “asesorías” que no necesariamente corresponden a una verdad material. El registro del asesor no implica necesariamente que este haya formado parte del proceso que ha ejecutado el tesista y por eso las universidades deberían tener una mayor actividad de regulación y reglamentación en este punto porque se desnaturaliza la actividad de la asesoría.

3. El trabajo académico de los investigadores jurídicos: ¿es posible generar investigaciones con una metodología con “estudios longitudinales”?

Finalmente, en el ámbito de la presente investigación, es interesante tomar en cuenta el “cómo se producen los trabajos académicos registrados” en un profesor-investigador en el Registro RENACYT.

Casi no se detalla la importancia de la metodología (Sánchez Zorrilla, 2011, p. 317) y menos de los *estudios longitudinales* que son ajenos al ámbito jurídico porque estos implican procesos y procedimientos reglados en períodos de tiempo sumamente prolongados, como suelen ser los estudios en medicina, en el ámbito de la biología o en el ámbito sociológico.

En este sentido, el analizar una realidad problematizadora haría inviable la ejecución de un *estudio longitudinal* (Witker, 2008, p. 944), porque los contextos sociales son mutables y no puede registrarse una misma condición en dos períodos de tiempo con una extensión intermedia entre ambas.

Esto por ejemplo se evidencia en el estudio de la vigencia del actual Código Civil de 1984, donde muchos profesores siguen enfatizando en la importancia de su contenido y plantean la crítica a los que promueven una reforma integral de su contenido porque asumen que es suficiente este marco normativo en nuestra sociedad.

No se toma en cuenta que los cambios que ha registrado la sociedad peruana en cuarenta años hacen inviable el actual Código Civil y no hay mejor evidencia que el actual proceso de reforma de esta norma por parte del Ministerio de Justicia que actualmente ya ha convocado a muchos especialistas para que emitan un informe que permita una actualización o una reforma integral.

Lo detallado permite evaluar entonces que la investigación jurídica en el país está sujeta a períodos breves de tiempo y a contextos identificables como *problemas* especiales, esporádicos o temporalmente condicionados.

Conclusiones

El desarrollo de la investigación jurídica en el país es sumamente limitado y esto se acredita en el escaso número de profesionales registrados en el RENACYT como investigadores teniendo como condición referencial la de ser abogados.

A ello, el escaso margen de evaluación de variables en la cuantificación de actividades académicas hace ineficaz al registro del RENACYT que no toma en cuenta muchos elementos que no son valorados y se limita a un parámetro de publicaciones en revistas científicas Scopus a la cual se le prefiere por su efecto de internacionalización pero que no puede ser limitativo especialmente cuando no existen métodos para cuestionar otros niveles de producción académica, por ejemplo respecto de la publicación de libros.

Referencias

- Bermúdez-Tapia, M. (2024). Buscando investigadores, limitando la investigación. *ChornanCap Revista Jurídica*, 1(2), 123–143. <https://doi.org/10.61542/rjch.50>
- Caho Rodríguez, D., & Rocha Gutiérrez, F. (2017). Estudio comparativo entre modelos de medición científica en los países de Colombia y Chile: tecnologías de normalización. *Pensamiento Republicano*, 5(5). <http://ojs.urepublicana.edu.co/index.php/pensamientorepublicano/article/view/368>
- Carruteiro Lecca, F. (2014). La investigación jurídica. *Docentia et Investigatio*, 16(1), 173–186. <https://www.studocu.com/pe/document/universidad-tecnologica-del-peru/ciencias-de-la-comunicacion/la-investigacion-juridica-1/29982268>
- Castaño Duque, G., Calderón Hernández, G., & Posada Bernal, R. (2014). Perfiles y tipologías del investigador en administración en Colombia y su producción científica. *Innovar*, 24(52), 45–58. <https://www.redalyc.org/pdf/818/81830435005.pdf>
- CTI Vitae - Concytec. (2024a). Domingo García Belaúnde. https://ctivitae.concytec.gob.pe/appDirectorioCTI/VerDatosInvestigador.do?id_investigador=203447
- CTI Vitae - Concytec. (2024b). Landa Arroyo Cesar Rodrigo. https://ctivitae.concytec.gob.pe/appDirectorioCTI/VerDatosInvestigador.do?id_investigador=104324
- DINA. (2024a). Número de investigadores calificados. <https://servicio-renacyt.concytec.gob.pe/busqueda-de-investigadores/>
- DINA. (2024b). Número de investigadores calificados. <https://servicio-renacyt.concytec.gob.pe/busqueda-de-investigadores/>
- DINA. (2024c). Número de investigadores calificados en la subárea OCDE de Derecho. <https://servicio-renacyt.concytec.gob.pe/busqueda-de-investigadores/>
- Elsevier-Scopus. (2024). Author Search. <https://www.scopus.com/authid/detail.uri?authorId=57278125300>
- Estado peruano. (2024). RENACYT. <https://www.gob.pe/9648-ser-parte-del-registro-nacional-cientifico-tecnologico-y-de-innovacion-tecnologica-renacyt>
- Sánchez Zorrilla, M. (2011). La metodología en la investigación jurídica: características peculiares y pautas generales para investigar en el Derecho. *Revista Telemática de Filosofía Del Derecho*, 14, 3177–3358. <http://www.rtfed.es/numero14/11-14.pdf>
- Soto Bardales, M. (2013). El método en la investigación jurídica. *Derecho y Cambio Social*, 10(32). https://www.derechoycambiosocial.com/revista032/investigacion_juridica.pdf

- Universidad Privada San Juan Bautista. (2023). Proyecto de Investigación N.º 0117-2023. Retos de la institucionalidad del Estado de Derecho en el Perú: Análisis de la gobernabilidad, la democracia y el fortalecimiento de DDHH en la atención a emergencias sociales. In *Resolución de Vicerrectorado de Investigación y Responsabilidad Social N.º 024-2023-VRIRS-UPSJB*. <https://intranet.upsjb.edu.pe/Downloadfile/Archivos/GANADORES-DE-CONCURSO-FONDOS-UPSJB-2023.pdf>
- Vélez-Cuartas, G., Gómez-Flórez, H., Úsuga-Ciro, A., & Vélez-Trujillo, M. (2014). Diversidad y reconocimiento de la producción académica en los sistemas de evaluación de la investigación en Colombia. *Revista Española de Documentación Científica*, 37(3), 56. <https://doi.org/10.3989/redc.2014.3.1133>
- Witker, J. (2008). Hacia una investigación jurídica integrativa. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 41(22), 943–964. <https://www.redalyc.org/pdf/427/42712213.pdf>

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.



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

