



Universidad Nacional Mayor de San Marcos
Universidad del Perú. Decana de América
Facultad de Derecho y Ciencia Política

ISSN: 3028-9726 (En línea) - ISSN-L: 2788-6689

Lucerna Iuris et Investigatio

Número 5
Diciembre - 2023
Lima - Perú

Lucerna Iuris Et Investigatio

Número 5, Diciembre 2023, Lima, Perú

La revista **Lucerna Iuris Et Investigatio**, es la publicación oficial de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, que publica artículos originales e inéditos, de investigación inter o transdisciplinarios de carácter jurídico y/o político. La revista Lucerna Iuris Et Investigatio es una publicación de periodicidad semestral. Los artículos son sometidos a revisores externos; especialistas que opinan bajo la modalidad de doble ciego y de manera anónima sobre la calidad y validez de los mismos.

Depósito Legal N° 2024-06477

ISSN: 2788-6689 (Impresa)

ISSN: 3028-9726 (En línea)

Portal web: <https://revistasinvestigacion.unmsm.edu.pe/index.php/Lucerna/index>

© **Universidad Nacional Mayor de San Marcos**
Facultad de Derecho y Ciencia Política

Av. Germán Amézaga n.° 375.

Cercado de Lima, Lima, Perú.

Teléfono: (01)619 7000 anexo 2023

Correo electrónico: lucernaiuris.fdc@unmsm.edu.pe



Lucerna Iuris Et Investigatio
Esta obra está bajo una Licencia Creative
Commons Atribución 4.0 Internacional



Universidad Nacional Mayor de San Marcos
Facultad de Derecho y Ciencia Política

Lucerna Iuris Et Investigatio

Número 5, Diciembre 2023, Lima, Perú

DIRECTOR

Dr. Carlos Antonio Pérez Ríos

EDITOR GENERAL

Dr. Francisco Miró Quesada Rada

COMITÉ EDITOR

Dr. Raúl Roosevelt Chanamé Orbe
Universidad Nacional Mayor de San Marcos - Perú

Dra. Marianella Leonor Ledesma Narváez
Universidad Nacional Mayor de San Marcos - Perú

Dr. Carlos Alejandro Cornejo Guerrero
Universidad Nacional Mayor de San Marcos - Perú

Abog. Julio Hernán Figueroa Bustamante
Universidad Nacional Mayor de San Marcos - Perú

COMITÉ CONSULTIVO

Dr. Francisco Ramos Méndez
Universidad Pompeu Fabra, Barcelona - España

Dr. Ulises Montoya Alberti
Universidad Nacional Mayor de San Marcos - Perú

Dr. Carlos Alberto Parma
Universidad Nacional de Córdoba - Argentina

Dr. Carlos Augusto Ramos Núñez
Pontificia Universidad Católica Perú - Perú

Dr. Aníbal Torres Vásquez
Universidad Nacional Mayor de San Marcos - Perú

Dr. Carlos Alfredo Villavicencio Ríos
Pontificia Universidad Católica Perú - Perú

EDITORES ADJUNTOS

Mg. Cyntia Raquel Rudas Murga
Mg. Óscar Alberto Huerta Ayala
Rosario Anthuaned Matallana Espinoza

CONTENIDO

Presentación	3
ARTÍCULOS	
La persona jurídica: la teoría tridimensional en el sujeto de derecho colectivo Carlos Antonio Agurto Gonzáles	7
Implicancias jurídicas de la neurotecnología omnipresente e inteligencia artificial en la Cuarta Revolución Industrial: los neuroderechos emergentes Wilder Luis Charaja Bejar	25
Desinterés a las políticas públicas en la praxis de la política criminal: Una mirada objetiva al sistema de justicia en los casos de lavado de activos Roder Corahua Quispe	45
La Prefectura: Extinción o reincorporación constitucional en el bicentenario de creación Gonzalo Girón Román	63
Análisis de la Tipificación de Infracciones y Sanciones Administrativas en la legislación farmacéutica comparada en Perú - Latinoamérica Mery Aquino Comun	95
El arraigo en el contexto peruano: implicancias probatorias, legislativas y prácticas Pavel Luis Ilich Sáenz de la Cruz	119
La prueba del dolor físico en el derecho procesal: una mirada desde las pruebas neurocientíficas Hanssel Vega	135
Develando las deficiencias en el contraproducente decreto legislativo que regula la interdicción de la minería ilegal en toda la República y establece medidas complementarias (Decreto Legislativo N.º 1100) José Torres Rivero	151
La colaboración con el delito de terrorismo en el Perú Juan Arturo Maza Lupuche	167

Aproximaciones al test de ponderación en la jurisprudencia nacional peruana Nerio Jorge Callañaupa Escobar	179
Lucha contra la corrupción y cultura: Breve reflexión a partir de las ideas de Guido Waisberg Diego Alonso Noronha Val	197
La sucesión en el proceso civil: problemática y perspectivas Rosa Karina Salas Pachas	213
Encuentros y desencuentros de las excepciones cambiarias en el proceso único de ejecución Alexander Camus	231

PRESENTACIÓN

Con suma satisfacción ponemos a consideración de nuestros distinguidos lectores trece estudios de investigación que conforman el quinto número de la revista; cuya autoría corresponde a destacados académicos especializados en diversas áreas del derecho sobre temas de relevante actualidad.

Nos complace perseverar en este camino ríspido, pero finalmente satisfactorio de la divulgación científica en nuestra Facultad de Derecho y Ciencia Política, superando la desventura de muchas revistas que agotaron su existencia con la publicación del primer número.

En esta ocasión, Carlos Agurto Gonzales aborda el tema de la teoría tridimensional en el sujeto de derecho colectivo. Analiza la persona jurídica, mediante los diversos planteamientos que han tratado de explicar su naturaleza, para posteriormente estudiar la Teoría Tridimensional del Derecho en la persona jurídica y la empresa, como sujetos de derecho a las que se les imputa situaciones jurídicas subjetivas, derechos y deberes. Asimismo, estudia el planteamiento tridimensional de la institución del *levantamiento del velo* como consecuencia de hechos ilícitos realizados por la empresa. Considera que la teoría tridimensional del Derecho es adecuada para comprender a la persona jurídica.

Sin duda alguna que la cuarta revolución industrial está generando implicancias jurídicas de diversa índole, no obstante, la más trascendental se manifiesta en la combinación de la neurotecnología omnipresente y la inteligencia artificial. Se trata de una neurorevolución al viabilizar la explotación extraclínica de los datos cerebrales lo que plantea desafíos para los tutela de los derechos humanos, puesto que dicha combinación de neurotecnología e inteligencia artificial expone a los individuos a la intromisión en los aspectos más íntimos de su vida privada, al riesgo de que pirateen sus datos, a la injerencia en la confidencialidad y a la vigilancia digital por ello se evidencia la necesidad de garantizar los neuroderechos referidos a la libertad cognitiva, a la privacidad mental, a la integridad mental y a la continuidad psicológica mediante regulaciones específicas. Este es el tema que desarrolla Wilder Charaja Béjar bajo el título “Implicancias jurídicas de la neurotecnología omnipresente e inteligencia artificial en la Cuarta Revolución Industrial: los neuroderechos emergentes”.

El desinterés del estado peruano sobre las políticas públicas en la praxis de la política criminal, específicamente, en los casos de lavado de activos es el tema que desarrolla Roder Corahua Quispe para ello analiza el eje de investigación y sanción penal de la Política Nacional contra el Lavado de

Activos y el Financiamiento del Terrorismo juntamente con los resultados de las acciones plasmados en su instrumento de gestión: el Plan Nacional 2018-2021; asimismo en esa línea realizó un análisis de la evolución normativa del mencionado delito.

Gonzalo Girón Román propone una interesante y controversial reflexión sobre la extinción o reincorporación constitucional de la prefectura, en el bicentenario de su creación. El autor desliza la posibilidad de su subsistencia a través de la correspondiente enmienda constitucional; la considera como la posibilidad de constituirse en un canal adecuado de la demanda ciudadana, que articule los tres niveles de gobierno y contribuya a la gobernabilidad de manera efectiva. El autor advierte la necesidad de una enmienda constitucional porque la concepción política actual no reconoce la existencia de un gobierno interior al existir los gobiernos locales y regionales dentro de una política de descentralización.

La Ley N° 29459 establece la regulación de productos farmacéuticos, dispositivos médicos y productos sanitarios en Perú, comparándolo con diferentes normativas de Latinoamérica, aunque no se considera todos los países, si los suficientes como para evidenciar las coincidencias y distinciones jurídicas sobre el problema, es así que se compara con la ley de medicamentos de Paraguay, Nicaragua, El Salvador, Panamá y Venezuela, a fin de constatar si se vulneran los principios de legalidad y tipicidad contenidos en el Art. 2, numeral 24), sección d) de nuestra Carta Magna de 1993. Es la temática que propone Mery Aquino Comun.

Luis Ilich Sáenz de la Cruz estudia la problemática de la aplicación y justificación teórica de la prisión preventiva, centrándose en el examen del requisito de arraigo para su imposición. Sostiene que el arraigo ha sido mal aplicado y configurado, alejándose de su finalidad de asegurar la permanencia del imputado en el proceso. El trabajo destaca la escasa atención que la doctrina nacional y el Acuerdo Plenario N.º 1-2019/CJ-116(2019) han dado al arraigo, comparándolo con casos de Ecuador y Alemania. En la propuesta académica se evidencia las deficiencias en la estructuración e interpretación del concepto de arraigo en el contexto de la prisión preventiva, enfocándose en la falta de evaluación adecuada de los elementos que determinan el peligro de fuga.

A su turno Hanssel Vega presenta una investigación cualitativa de carácter documental en la que expone cómo mejorar la eficiencia de la evaluación del dolor físico desde una perspectiva de las neurociencias, con el uso de las pruebas neurocientíficas (neurotecnológicas) existentes en la actualidad para así superar todo factor de subjetividad presente en la actividad probatoria en sede jurisdiccional. En suma, el autor propugna la sustitución de las pericias psicológicas impregnadas de subjetivas, por

los medios probatorios neurocientíficos o neurotecnológicas sumamente objetivos.

Las deficiencias del decreto legislativo N° 1100 constituye un ingenuo intento por luchar contra la minería ilegal en nuestro país, un mal que viene azotando al Perú desde varias décadas, tanto desde el punto de vista ambiental, sanitario, como económico, que pone en franco riesgo al futuro de nuestro país, son las consideraciones de José Torres Rivero quien sostiene que severidad no es lo mismo que eficacia, y lastimosamente, esta norma, además de no tener eficacia en cuanto a su propósito, resulta inconstitucional, lesiva y contraproducente, pues es fuente potencial de castigos injustos a empresarios honestos, beneficiando a los deshonestos, quienes encuentran mayor justificación para minimizar su responsabilidad mimetizándose con los honestos, lo cual desincentiva totalmente la actividad empresarial lícita, tan necesaria en nuestro país.

La colaboración con el delito de terrorismo en el Perú es el aporte de Juan Arturo Maza Lupuche, examina cada uno de sus elementos conformantes: el bien jurídico protegido, los sujetos activo y pasivo, conductas típicas, así como su grado de desarrollo. Afirma que, si bien ha habido una respuesta efectiva del Estado contra este delito, aún en las zonas andinas de nuestro país se realizan conductas de colaboración con una organización terrorista que se están reestructurando nuevamente para crear zozobra y alarma en la población peruana. De allí su importancia para conocer un poco más sobre el citado delito.

Nerio Callañaupa Escobar examina al test de ponderación en la jurisprudencia nacional peruana y examina cómo el Tribunal Constitucional peruano ha importado las categorías teóricas de la jurisprudencia alemana tales como la lógica del test de ponderación, su estructura y su formato de solvencia frente a un supuesto de colisión de derechos fundamentales. En esa línea, hace un examen de las principales jurisprudencias que el Tribunal Constitucional ha emitido instalando un nuevo elemento a la cultura jurídica hegemónica de nuestro país, adoptando finalmente el test de ponderación frente al test de la jerarquización.

La corrupción supone una infracción a las normas legales, pero, sobre todo, de carácter moral y ético, es la afirmación de Diego Alonso Noronha Val en su artículo titulado *lucha contra la corrupción y cultura: breve reflexión a partir de las ideas de Guido Waisbert*. Considera que la corrupción se produce por múltiples factores, sin embargo, es la cultura la que primordialmente la determina. En tal sentido, considerando que dicho factor varía conforme al espacio geográfico y social, las estrategias para su combate deben ser individuales y particularizadas. El esquema cultural de occidente no responde de la misma manera que el de la región latinoamericana, por tanto, los

mecanismos de lucha no pueden ser idénticos. Es así que tanto las estrategias internas como los instrumentos internacionales deben ser planteados, o incluso replanteados, conforme a dicha constatación.

La sucesión en el proceso civil: problemática y perspectivas es la colaboración académica de Rosa Karina Salas Pachas. Afirma que la sucesión procesal se revela como un componente esencial para la preservación del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y la eficiencia en la utilización de los recursos judiciales, aspectos fundamentales para la integridad del sistema legal. Sostiene que además de los motivos de naturaleza jurídica, la sucesión procesal se fundamenta en razones económicas, puesto que a través de ella se impide un considerable desperdicio de actividad procesal, ya que, tanto en el caso de la transmisión inter vivos como mortis causa, la sucesión permite al nuevo titular de los derechos sobre la cosa litigiosa, aprovechar en su favor la actividad desarrollada por su causante para la efectividad o defensa de su derecho legítimo ahorrándole el tener que iniciar una instancia procesal ulterior.

Finalmente, Alexander Camus Cubas aporta el estudio de las excepciones cambiarias en el proceso único de ejecución. La propuesta de la investigación es desmitificar la antinomia que existe entre las causales de contradicción estipuladas en el artículo 19 de la Ley de Títulos Valores frente al artículo 690-D del Código Procesal Civil Peruano. Afirma por último que la tutela jurisdiccional está por encima de cualquier algoritmo normativo, y es el toque del buen actuar de un magistrado.

Carlos Antonio Pérez Ríos
Director

INVESTIGACIONES NACIONALES

La persona jurídica: la teoría tridimensional en el sujeto de derecho colectivo

The legal person: the three-dimensional theory in the subject of collective law

*Carlos Antonio Agurto González*¹

Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, Perú

<https://orcid.org/0000-0003-4058-8868>

cagurtog@unmsm.edu.pe

Presentado: 08/12/2023 - Aceptado: 23/12/2023 - Publicación: 30/12/2023

RESUMEN

En este presente estudio se analiza la persona jurídica, mediante los diversos planteamientos que han tratado de explicar su naturaleza, para posteriormente estudiar la Teoría Tridimensional del Derecho en la persona jurídica y a la empresa, como sujetos de derecho, que se le imputan situaciones jurídicas subjetivas, derechos y deberes. Asimismo, se estudia el planteamiento tridimensional de la institución del “levantamiento del velo” como consecuencia de hechos ilícitos realizados por este sujeto de derecho. Finalmente, como resultado del trabajo se considera que la teoría tridimensional del Derecho es adecuada para comprender la persona jurídica.

Palabras claves: Persona jurídica, subjetividad, teoría tridimensional del Derecho, desconocimiento de la autonomía subjetiva de la persona jurídica.

Abstract

In this present study, the legal person is analyzed, through the various approaches that have tried to explain its nature, to subsequently study the Three-Dimensional Theory of Law in the legal person and the company, as subjects of law, who are charged with subjective legal situations, rights and duties. Likewise, the three-dimensional approach of the institution of “lifting the veil” as a consequence of illegal acts carried out by this subject of law is studied. Finally, as a result of the work, it is considered that the three-dimensional theory of Law is adequate to understand the legal entity.

Keywords: Legal entity, subjectivity, three-dimensional theory of Law, disregard of legal entity.

1. Introducción

El derecho privado, civil y comercial tradicionalmente ha reflejado el individualismo patrimonialista. Esta corriente de pensamiento se afirmó con la revolución burguesa francesa de 1789 y que tuvo su plasmación jurídica en el código civil de Francia de 1804, que influyó en la dación de los códigos civiles de América Latina, y por ende en el peruano de 1852 y en parte en el Código Civil de 1936. El individualismo nació como una respuesta de las fuerzas de la burguesía contra las feudales estructuras, exaltado al ser humano considerado como un ser aislado, desde una concepción individualista. Los códigos, a través de sus normas, que son pensamiento, congelan una determinada cultura, una determinada visión del mundo y del sujeto.

Esto se reflejó en diversas instituciones, como el derecho subjetivo, el derecho del sujeto de derecho. Juristas de la talla de Bernhard WINDSCHEID (1925), inspirado en el individualismo jurídico, por ejemplo, definió al “derecho subjetivo” como “un poder de la voluntad” atribuido por la norma al titular de este (p. 144). Según este autor, los derechos existen en cuanto el ordenamiento jurídico ha declarado decisivo para la actuación de un precepto emanado de él, la voluntad de una persona. Estudiosos italianos como el profesor de la Universidad de Turín, Pier Giuseppe MONATERI, (1995, pp. 165-166), han criticado la posición windscheidniana del derecho subjetivo, de carácter individualista, como señorío de la voluntad.

Asimismo, Rudolf von JHERING (1880), bajo la misma influencia individualista consideró al derecho subjetivo como “la tutela jurídica de un interés del individuo” (p. 315 y ss.). La posición jheriniana, como apunta bien MONATERI (1995, pp. 165-166), no estuvo tampoco excepta de críticas, respecto a su visión del derecho subjetivo como interés jurídicamente protegido, por cuanto un cierto ordenamiento no concederá derecho con la finalidad de satisfacer los intereses del que los concede, en la definición de derecho no puede entrar la finalidad, poniéndose énfasis en la diversidad metodológica entre la definición de las instituciones jurídicas en base a su estructura, y definirlo en atención a su sentido teleológico.

Estas definiciones clásicas, en el fondo de su concepción ideológica, no se interesa en lo social, sino solo en la voluntad o en el interés del individuo. Tanto el planteamiento de WINDSCHEID como el de JHERING conciben a un sujeto desvinculado de los demás seres con los cuales hace su vida, prescindiendo del interés de los “otros”, como si solo cada uno de nosotros existiera sobre la faz del planeta.

No obstante, a pesar de la ignorancia del derecho positivo y del patrimonialismo jurídico por diversas décadas, sujetos de derecho como la empresa empezaron a adquirir significación, especialmente con la expansión del capitalismo (FERNÁNDEZ SESSAREGO, 1990, p. 341).

Premunido de la visión que considera al ser humano ser libre y la denominada teoría tridimensional de lo jurídico, el profesor Carlos Fernández Sessarego desde 1960 planteó en el ámbito del derecho latinoamericano la subjetividad jurídica de la empresa. En este trabajo, por cuestiones de espacio, trataremos sucintamente este aporte del recordado jurista peruano, que permite también una lectura realista de la empresa y de la categoría general de la persona jurídica o *colectiva*.

2. La teoría tridimensional del Derecho

La visión del Derecho y, por consiguiente, del ser humano, no solo estuvo enmarcada dentro de una predominantemente concepción ideológica de carácter individualista y patrimonialista (FERNÁNDEZ SESSAREGO, 2011, pp. 131-132), sino que se tuvo de lo jurídico una idea parcial y fragmentaria, que no daba cuenta de su realidad. Se pretendía centralizar el Derecho en torno a la tutela de la propiedad y, de otro lado, reducirlo solo a su dimensión formal, al aspecto lógico.

Los planteamientos individualistas y patrimonialistas, en cuanto se hallaban desvinculados de la vida social y de la esencia humana, encaminaron a distorsiones en el Derecho. Lo jurídico no solo concierne a la tutela del sujeto, sino también a la protección de los otros, del tejido social (AGURTO GONZÁLES, 2009, pp. 1061-1063). El Derecho es creado por los seres humanos para regular las relaciones en sociedad con el objetivo de proteger la naturaleza libre del ser humano, para que pueda realizar su proyecto de vida (FERNÁNDEZ SESSAREGO, 2015, p. 225 y ss.), dentro del bien común en el entramado social (FERNÁNDEZ SESSAREGO, 2015, p. 49 y ss).

El Derecho pretende armonizar el interés de cada persona con el interés de la comunidad. No se puede proteger jurídicamente al ser humano fuera del contexto social ni se puede tutelar los intereses sociales en perjuicio del individuo. Debe tenerse presente que la persona es el centro y eje del Derecho².

El Derecho es una exigencia existencial del ser humano. Pertenece a su estructura de ser social, permite al ser humano, al sujeto, convivir en sociedad mediante el vivenciamiento de valores formalmente contenidos en la normatividad jurídica. El ser humano es el creador del Derecho, su protagonista y destinatario. Por ello, en los últimos tiempos, como apuntaba bien FERNÁNDEZ SESSAREGO (2018), se sustituye la expresión “derechos y deberes” por la de “situación jurídica subjetiva” (pp. 64 y ss.). Esta última noción, reconociendo la realidad coexistencial del ser humano, se refiere a que a cada derecho corresponde uno o más deberes, así como que en todo deber se presenta un plexo de derechos. Por ende, la situación jurídica subjetiva resulta ser el plexo de derecho y deberes, según lo posición que adopte el sujeto en el entramado social.

En tal sentido, el Derecho no puede privilegiar la sola protección del patrimonio del ser humano frente a su tutela jurídica integral. Lo jurídico tutela primordialmente al ser humano, que es su creador, su destinatario. El ser humano, para el personalismo propugnado por Carlos FERNÁNDEZ SESSAREGO (2015, p. 59 y ss.), es el centro y el eje de la juridicidad.

Los cultores de la ciencia jurídica pretendieron comprender al Derecho como a la persona partiendo de planteamientos unidimensionales que se concentraban en un aspecto parcial de la experiencia jurídica, dejando de lado los otros aspectos que lo conforman.

La primera de estas escuelas, el derecho naturaleza o iusnaturalismo, concentrado en el mundo axiológico, los valores, descuido evidenciar que estos son solo considerados por el ser humano, para posteriormente ser objetivados mediante el aparato normativo (FERNÁNDEZ SESSAREGO, 2015, p. 128 y ss.). Se redujo lo jurídico solo a una especulación de lo valorativo, prescindiendo de la vida humana y de las normas jurídicas, que los contiene (FERNÁNDEZ SESSAREGO, 2011, pp. 601-602). El Derecho no puede reducirse a la dimensión axiológica, pero no puede ser alejada si se desea tener una visión global y completa de la experiencia jurídica (FERNÁNDEZ SESSAREGO, 2015, p. 68 y ss.). No cabe olvidar también, como lo apuntaba con fina sensibilidad el gran jurista Francesco GALGANO (2016, pp. 276-277), que las construcciones del derecho natural pretendieron crear un “patrimonio común” de la humanidad, tomando también el derecho romano, para perpetuarse más allá de toda realización política del Derecho.

Por otro lado, el formalismo o positivismo normativista, que tuvo como piedra miliar a la *Teoría Pura del Derecho* del jusfilósofo austríaco Hans KELSEN³ (1982), redujo a lo jurídico a un sistema normativo, a un conjunto de entes ideales, alejado de la vida humana y los valores. Estos, la vida humana y los valores constituían, de acuerdo con el planteamiento del ilustre Kelsen, lo metajurídico, lo que estaba más allá de lo jurídico. Concebía al Derecho como si se tratase de una disciplina semejante a la lógica o a las matemáticas, que tienen como objetos de conocimiento a entes puramente ideales, fuera de la realidad social de la vida (FERNÁNDEZ SESSAREGO, 2017, p. 82 y ss).

El sociologismo jurídico, sustentado tanto por la labor de los jueces de Estados Unidos como por otros juristas nórdicos, puso su atención en los hechos y empleando una metodología de la ciencia sociológica, modificó la estructura de lo jurídico, limitándolo a una disciplina social, con prescindencia de las dimensiones axiológica y normativa que se encuentran en su substrato. No obstante, sin desconocer lo valioso de este aporte en sus diversas modalidades, entre las que se incluye la famosa *Teoría Ecológica del Derecho* propugnada por el jurista argentino Carlos COSSIO (1964)⁴, no resulta factible reducir el Derecho solo a las conductas entre sujetos, sin los valores y a las

normas jurídicas que, conjuntamente con la vida humana social, integran la concepción del Derecho. Si bien el Derecho es principalmente vida humana social, debe ser concebida en dinámica interacción con los valores y con las normas jurídicas, para comprender a cabalidad el fenómeno de lo jurídico.

En 1950, en Lima, capital del Perú, para obtener el grado de bachiller en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, la más antigua del continente americano, Carlos Fernández Sessarego, de 24 años, presenta su tesis titulada *Bosquejo para una determinación ontológica del Derecho*, considerando que lo jurídico es la interacción dinámica de tres elementos: conducta humana, valores y normas jurídicas. Años después esta teoría peruana tomó la denominación de Teoría Tridimensional del Derecho.

El ámbito mundial no ha estado excepto del interés por la teoría tridimensional de lo jurídico de Fernández Sessarego, nacida en Perú, en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. En Italia, cuyo Derecho ayudó Fernández Sessarego a difundir a partir de los años cincuenta del siglo xx por primera vez en el Perú, se publicó la traducción al idioma italiano de su tesis de 1950, con el título *Il diritto come libertà. Abbozzo per una determinazione ontologica del diritto*, traducido por el colega y amigo Prof. Vincenzo Barba, bajo el auspicio de la Universidad de Roma “La Sapienza”.

Frente a las conocidas carencias que caracterizaban la escuela axiológica como normativistas y las sociológicas, y superando los planteamientos unidimensionales insuficientes en sí mismas para proporcionar una visión global y completa de lo jurídico y de la persona, se elabora en los años cuarenta del siglo pasado, como tesis para obtener el grado académico de bachiller universitario, la Teoría Tridimensional del Derecho, como ya se ha anotado, por obra de Carlos Fernández Sessarego. Con su teoría, es posible encontrar una respuesta satisfactoria, y para aprehender una visión integral del Derecho y una mejor comprensión del fenómeno jurídico.

3. Las diversas teorías sobre la persona jurídica o persona colectiva

En el tratamiento de la persona jurídica en el derecho peruano y en el libro primero de su Código Civil de 1984, se evidencia el aporte valioso de la doctrina italiana, especialmente los planteamientos de Francesco FERRARA, Riccardo ORESTANO, Tullio ASCARELLI, Gianguido SCALFI, Gaetano ARANGIO-RUIZ, Paolo ZATTI y Francesco GALGANO⁵ que trataremos a continuación.

3.1. La persona jurídica para Francesco Ferrara

La teoría de creación de la persona por parte del Derecho formulada por FERRARA parte de una fundamental consideración que también el ser humano es estimado como tal solo en naturaleza, pero se convierte en persona como

consecuencia de la atribución de la capacidad por parte del ordenamiento, aun cuando tal entidad no sea humana. Rechazando el concepto tradicional que la personalidad se encuentra vinculada al organismo corpóreo y psíquico del ser humano y, por ende, puede encontrarse fuera de este, la figura de la persona jurídica (FERRARA, 1915, p. 331 y ss). En el sentido que, al lado del ser humano, en la realidad social se presentan entes, instituciones, colectividades diversas al ser humano y como estos existen en la naturaleza. El Derecho atribuye al ser humano la personalidad, originando la persona física atribuyendo así al ente, a la colectividad, a la agrupación: la personalidad, dando lugar al surgimiento autónomamente, sin referencia al ser humano individual, de la persona jurídica, que es creación de lo jurídico.

De acuerdo con FERRARA (1956, p. 32 y ss.) la personalidad es una forma jurídica, no un ente en sí. Es un modo de regulación, un medio de unificación. La persona jurídica se representa como un tipo de ser de las cosas.

FERRARA (1915, p. 363) cita el caso de las corporaciones: antes de obtener el reconocimiento existen como simples asociaciones, después asumen la forma de sujetos autónomos de derecho, para retornar, en caso de supresión, al estado anterior; pero es imposible ver en estos varios estadios de vida una metamorfosis en la esencia de estas colectividades, siendo así que se trata simplemente de una diversa forma jurídica asumida por estas agrupaciones humanas: una titularidad única y permanente sustituida a la titularidad colectiva y sucesiva. Esto demuestra además que el ente colectivo es un *medium*, por el cual los miembros pueden conseguir su fin, del cual pueden desembarazarse si quieren y si no se opone una exigencia de orden público, con la disolución de la corporación y que, caída la personalidad, reaparece el estado anterior.

La persona jurídica, para FERRARA (2015), es una entidad ideas. La personalidad consiste, según este autor, en encontrar una esfera jurídica en un sujeto ideal que es único, no obstante representar una pluralidad de seres humanos y una organización compleja de seres humanos y de bienes según un fin. En medio de este turbio movimiento, en medio de esta sucesión perenne de hombres que obran para la consecución de un fin, queda siempre firme la asociación o institución ideal, sujeto solidario de todos.

En el planteamiento sobre la persona jurídica de FERRARA no puede dejarse de mencionar la polémica que, sobre la materia, tuvo con Gustavo BONELLI entre 1910-1911 en la *Rivista di Diritto Civile*.

BONELLI (1910) criticaba a FERRARA que, en su planteamiento, se descuidó o no explicó suficientemente la pobreza e imperfección del lenguaje jurídico al afrontar la persona jurídica. Frente a este concepto no sabemos

con precisión cual es el objeto por definir, ni el valor de los términos en que se considera definirlo (p. 445).

Según BONELLI (1910, p. 448) es común la distinción entre dos sujetos jurídicos: *hombres* (personas físicas) y *personas jurídicas* que acepta FERRARA, pero es un concepto difuso, transmitido por la tradición. Para BONELLI, la persona jurídica significa literalmente *persona de derecho*, persona reconocida como tal por el derecho objetivo y que funciona como tal en el mundo jurídico. Criticando este aserto, BONELLI señala que quien sostiene que el ente colectivo es todo sujeto de derecho excepto el individuo humano es similar a quien en zoología define al *animal* como todo ser que pertenece al reino animal, excepto el ser humano. Ciertamente, este es el significado común de la palabra animal, pero no es el significado científico. Si en la persona expresión persona jurídica la sola connotación esencial es la del reconocimiento de la subjetividad jurídica por parte del derecho objetivo, el ser humano será comprendido no ya solo porque es hombre, es decir persona física, sino esencialmente porque en cuanto es reconocido como sujeto jurídico por el Derecho.

Entonces, BONELLI ponía en duda la contraposición persona jurídica y ser humano-persona física, como dos categorías del género sujeto jurídico, la que resultaría inexacta. De acuerdo con FERRARA, sostiene BONELLI (1910), la persona física no es sujeto jurídico, si no en cuanto es reconocida como tal por lo jurídico, es decir, en cuanto es *persona jurídica* (p. 449).

FERRARA (1910, p. 786) rebatiendo a BONELLI, afirmó que la persona jurídica es una forma del Derecho, un ordenamiento legal unitario que el derecho objetivo concede para la realización adecuada de los fines sociales que se proponen colectividad y organizaciones de individuos. Ser persona jurídica no quiere decir un ente especial, un organismo particular, un ente especial, una unidad física o psíquica, una armadura jurídica, para la cual las relaciones colectivas y posteriores se concentran en un sujeto único y permanente.

Las personas jurídicas, para FERRARA (1915, p. 786) se reducen en su composición íntima de seres humanos: no seres humanos individuales, sino asociados y dirigidos a una finalidad. El sustrato, el basamento de las personas jurídicas se encuentra conformado por asociaciones de individuos para alcanzar finalidades o fines. Arribó a afirmar que las personas jurídicas son una realidad, no corporal y tangible, sino que la capacidad jurídica se encuentra vinculada al aspecto plural de las personas concretas, sino ideales en unidad.

A pesar de las posturas críticas que se han presentado a la teoría de FERRARA, no se puede no reconocer la importancia que brindó a este

fenómeno de la realidad jurídica, así como la función del ordenamiento de proteger más allá del individuo, también a las formaciones sociales, con cierto valor creativo, incluso con la consecuencia de descuidar la tutela jurídica de la realidad y de los fenómenos en la sociedad. Sin embargo, el pensamiento de este estudioso influyó grandemente en la elaboración del Código Civil italiano de 1942, como recuerda Francesco D. BUSNELLI (2017, p. 23).

Para la doctrina peruana (FERNÁNDEZ SESSAREGO, 2011, p. 511), se reconoce en el planteamiento de FERRARA la distinción entre “persona” y “persona jurídica”. El ente colectivo es un sujeto de lo jurídico, que comprende a otros sujetos de derecho, en tanto que la persona es el ser humano. Tanto uno como el otro son sujetos de lo jurídico.

3.2. La perspectiva histórica-romanista de Riccardo Orestano

Tomando en cuenta la realidad histórica, ORESTANO (1968, pp. 77-78) planteó que no puede considerarse a la persona jurídica en abstracto, porque es una noción que solo se puede tratar en relación con la experiencia en que se desarrolla, sino nos conduce a la institución sujeto de derecho, que pertenece entonces a la experiencia moderna y que no puede ser sometida a experiencias y ordenamientos diversos en lo que se ha formado y que se introduce.

De este modo, la ciencia jurídica ha llegado, con un largo proceso, a reconocer que no existe la persona jurídica como figura definible por sí en términos válidos para todo ordenamiento, en todo tiempo y en todo lugar, sino que se encuentra presente en atención a las situaciones en que los ordenamientos lo consideran y dentro de las características fijadas por la regulación positiva o de un instrumento lingüístico, mediante el cual puede ser expresada la imputación de un grupo de normas positivas con referencia a ciertas situaciones.

La perspectiva peruana (FERNÁNDEZ SESSAREGO, 2011, p. 530), analizando el aporte de ORESTANO, señala que el notable romanista se alejó de toda solución esquemática, espectral, consustancial a la tradicional dogmática jurídica para revalorar el rol del ser humano en lo jurídico.

3.3. La persona jurídica para Tullio Ascarelli

ASCARELLI (1959, p. 235 y ss), basándose en la distinción entre tipología de la realidad y normativa contempló en la personalidad jurídica solo una normativa, es decir el resumen de una regulación jurídica especial entre relaciones entre individuos. La disciplina que se expresa mediante el término “persona jurídica” sería *resoluble* en una regulación concerniente a relaciones entre seres humanos, los cuales serían los únicos posibles titulares de derechos.

Este estudioso parte de la premisa que en la realidad prejurídica no existen seres diversos a los nacidos de vientre de mujer y, por ende, el concepto de persona jurídica esta privado de paralelismo en un dato prenormativo de la realidad social y encuentra su fundamento solo en una normativa que puede encontrar referencia en su realidad típica concebible, es decir la que corresponde al concepto de persona física: por ello, la disciplina de las personas jurídicas es una regulación normativa especial entre seres humanos. No rechaza que la regulación normativa resumida con la expresión persona jurídica no tenga un alcance real y menos negar que esta regulación es diversa de otras disciplinas, sino que siempre concierne a los seres humanos, incluso como miembros del grupo, del colectivo.

Sobre el substrato de la persona jurídica, ASCARELLI (1947, pp. 50-51) afirma que la creación de personas jurídicas por parte del ordenamiento jurídico, aun cuando no se presenten límites en el campo de la lógica jurídica, encuentra, y generalmente respeta, límites en el campo de la oportunidad práctica. El Derecho recurrirá a la creación de una persona jurídica o colectiva solamente cuando lo considere necesario, cuando se trate de regular finalidades y objetivos en relación con las cuales varias personas se relacionan entre sí, un patrimonio es separado para un destino propio. Surge entonces un nuevo ente (la persona jurídica) que cumplirá sus cometidos por medio de sus órganos y no de individuos singulares.

ASCARELLI (1947, p. 52), partiendo del principio *hominum causa omne jus constitutum est*, afirmó que los intereses considerados por el Derecho con la creación de los entes colectivos son intereses humanos, las voluntades a las que también para el funcionamiento de las personas colectivas son voluntades humanas. De tal forma que, para ASCARELLI (1947), los únicos sujetos de derecho son los seres humanos (p. 52).

Para el reconocido comercialista, la concepción de la persona jurídica es una de las más audaces creaciones de la ciencia del Derecho, tanto que se ha venido afirmado paulatinamente en el desarrollo histórico. Útil por cuanto permite dominar, mediante una referencia unitaria, una cantidad de normas jurídicas en sus recíprocas interferencias. Toda persona jurídica también, al mismo tiempo para ASCARELLI (1947, pp. 53-54), es un ordenamiento jurídico (subordinado al estatal), cuya fuente está representada por la ley respecto a las normas legislativamente dictadas, y la convención en cuanto a aquellas dictadas por los mismos miembros.

La doctrina peruana ha considerado muy importante el aporte de Tullio ASCARELLI, especialmente en el planteamiento que el término persona jurídica señala una regulación que no tiene consonancia con un sujeto diverso al ser humano, sino ella siempre concierne a la vida humana (FERNÁNDEZ SESSAREGO, 1984, pp. 71-72).

3.4. La idea de persona jurídica de Gianguido Scalfi

El planteamiento de SCALFI (1968) parte, como el autor indica, de la insatisfacción de las opiniones más diversas respecto a la idea de persona jurídica en el derecho privado, descuidando su eficacia operativa en la vida ordinaria, en sociedad (p. 1).

La consideración del autor de la persona jurídica como idea, la cual no es idea de los juristas o científicos del Derecho, sino idea del legislador, por lo que eliminarla es contrario a la normativa. SCALFI parte del análisis y estudio del formante legislativo, leyes y normas no solo sobre las personas jurídicas, sino también sobre las asociaciones no reconocidas y sobre las sociedades de personas, así como sobre las formaciones sociales reconocidas por la constitución italiana (TAMBURRINO, 1980, p. 63).

El autor llega a la aserto que, mientras en las asociaciones no reconocidas y en las sociedades de personas, la participación de los seres humanos en el grupo no se desarrolla en función inderogablemente corporativa, sino los miembros conservan las características del ser humano en la plenitud de sus manifestaciones, siendo titulares de derechos y deberes en la esfera del grupo, en las asociaciones reconocidas el ser humano pierde importancia como tal, la típica expresión de la personalidad, la cual es trasferida al colectivo autónomamente considerado, por lo que aparece en el mundo de lo jurídico, por efecto de la norma, como persona autónoma, junto pero diverso al ser humano, por lo que se impone una consideración del ser humano no en la plenitud de sus manifestaciones, sino como funcional, como órgano.

En este fenómeno, que es jurídico es decir actuado por el Derecho, por el cual el individuo deja de ser “persona” incluso si es considerado como miembro del grupo, sino permanece exclusivamente órgano del grupo al cual es otorgada la personalidad jurídica, SCALFI brinda el nominativo de idea, en el sentido que la persona jurídica no es, como afirman los nominalistas, la expresión (nomen) que resume una regulación normativa que hace referencia a seres humanos, sino a idea de pensamiento (del legislador) que caracteriza a un particular posición de los componentes de las formaciones sociales respecto a los intereses y a los bienes de que se trata y, por ende, una particular consideración del ser humano en las formaciones sociales, y, desde el punto de vista operativo, la realización de la titularidad de derechos y obligaciones de la formación social, también al componente de la formación misma.

En tal sentido, este estudioso llega a expresar que la persona jurídica es una *idea* que actúa en el Derecho. Antes de lo jurídico el pensamiento se vincula con el concepto de *universalidad* que implica las de ser y de unidad. La universalidad de personas en el Derecho deviene persona jurídica cuando los individuos (órganos) aparecen en función de uno con el otro. En tal sentido,

de la perspectiva nominalista se pasa a la interpretación de la ley que conduce a la idea de la persona jurídica como titular de derechos y obligaciones. No es, afirmaba SCALFI (1968, P. 104), un *nombre*, sino una *idea*.

3.5. La persona jurídica como un sujeto instrumental: el aporte de Gaetano Arangio-Ruiz

A parte de sus estudios sobre el derecho internacional, del cual fue uno de los máximos exponentes en Europa, el profesor Gaetano ARANGIO-RUIZ, emérito de la Universidad “La Sapienza” de Roma, realizó importantes contribuciones para comprender la naturaleza de la persona jurídica.

Propugnaba que la característica principal de los entes que los modernos ordenamientos jurídicos identifican con las personas jurídicas no reside en una diversidad de orden material, sino en la circunstancia que la persona jurídica se identifica con su función de centro instrumental de imputación. Esta entidad es diversa a las personas físicas o naturales, sujetos reales en sustancia, sino que son entidades prejurídicas (ARANGIO-RUIZ, 1952, p. 104).

En tal sentido, las personas jurídicas, tanto las de derecho privado como público, no son parte de la base social del ordenamiento jurídico, por cuanto son creadas y organizadas por el Derecho en función de la consecución de objetivos privados o públicos de las personas naturales (ARANGIO-RUIZ, 2014, p. 16).

3.6. La visión de Paolo Zatti

Para uno de los más notables juristas europeos que se ha dedicado al estudio del derecho de las personas, Paolo ZATTI, profesor emérito de la Universidad de Padua, en su pionero libro *Persona giuridica e soggettività. Per una definizione del concetto di “persona” nel rapporto con la titolarità delle situazioni soggettive* de 1975, señala que si la construcción que se realiza de la persona jurídica la considera como un sujeto derechos y obligaciones al igual que el individuo, no propone un *multiplicatio entium sine necessitate*, sino un uniforme uso de los conceptos vinculados al rol del sujeto de imputación (ZATTI,1975, pp. 396-397).

Influenciado de los aportes de la filosofía analítica, tan en boga en los tiempos en que se publicó su obra, ZATTI reclamaba la necesidad de recuperar la instancia realista al abordar el estudio de la persona jurídica.

3.7. La persona jurídica según Francesco Galgano

Para el recordado profesor emérito de la Universidad de Bolonia, Francesco GALGANO, el ente colectivo persona jurídica una estructura lógica, así como un contenido normativo. Así, el problema consiste, en primer lugar, establecer

en que posición ocupa, en el mundo de lo jurídico, el fenómeno que el lenguaje legislativo designa con el nombre de persona jurídica (GALGANO, 1965, p. 553): si debe asumir, al lado de la persona física, la posición de un sujeto de relaciones jurídicas o si debe, en cambio, ser colocado en un ámbito diverso del derecho de las personas. (GALGANO, 1969, p. 3).

Este fenómeno puede ser descrito como el que la entidad diversa al ser humano puede ser sometida a un tratamiento normativo correspondiente, por muchos aspectos, al tratamiento normativo del ser humano. Este es un fenómeno anterior, histórico, a la ideación del ente colectivo: lo que ha provocado el convencimiento de la existencia de otros sujetos de derecho además del ser humano, de acuerdo con GALGANO (1969, p. 4) (posición que no compartimos, ya que siempre el sujeto del derecho se reconduce al ser humano).

En efecto, para GALGANO, la persona jurídica se presenta como un concepto de especie, siempre el género se constituye la persona, es el sujeto de lo jurídico, centro al cual se imputa relaciones jurídicas, una noción concebida como diversa, conceptualmente, de la noción de ser humano y que puede, en cuanto tal, designar la entidad (las asociaciones, las sociedades, las fundaciones), que son distintas a los seres humanos individualmente considerados, pero que se colocan, al igual de la persona física o natural (para el derecho peruano), como autónomos sujetos de relaciones jurídicas. De ello, la persona física es una sola especie, distinta a la otra —la persona jurídica o colectiva— por el solo hecho de tener, como substrato natural, al ser humano.

Respecto al contenido normativo de la persona jurídica, GALGANO (1965, p. 596) plantea que la teoría general del Derecho agota la función, que le es propia, de volver al intérprete consciente de la estructura lógica de las figuras del lenguaje jurídico: esta se agota, en esta materia, con la admonición que la noción de persona jurídica es solo expresión que resume una especial regulación normativa, con la precisión, además, que los presupuestos a los cuales la doctrina conduce para plantear la existencia de una persona no solo porque los presupuestos, sino en la labor del intérprete para establecer, en una relación en un determinado ordenamiento jurídico, la extensión de la disciplina que se resumen en la noción de la persona jurídica, para reconocerla.

Como indica TAMBURRINO (1980, pp. 66-67), los puntos de partida del planteamiento de la persona jurídica de GALGANO no son nuevos, sino que se basa en diversas tesis expuestas en su momento como el análisis del lenguaje y sobre la personalidad jurídica. Tampoco es nueva. Si el concepto de ente colectivo es legislativamente una compleja disciplina normativa de relaciones entre personas físicas, es decir, si es la especial regulación que la ley ha previsto para los miembros de determinados grupos, resulta evidente que la superación y la reducción de la persona jurídica se realiza, según GALGANO

(TAMBURRINO, 1980, p. 67), mediante la consideración siempre de los seres humanos, incluso no como individuos sino como miembros del grupo, lo que podría significar, si bien desde el método interpretativo en vez del conceptual y abstracto, al planteamiento de ASCARELLI.

La doctrina jurídica peruana (FERNÁNDEZ SESSAREGO, 1984, p. 531) reconoce el valor del planteamiento de GALGANO la conducción de la persona jurídica en la problemática del lenguaje. Para el profesor de la Universidad de Bolonia, las personas colectivas como la organización de personas no inscritas son centros autónomos al cual se imputan relaciones jurídicas.

4. El aporte peruano: la teoría tridimensional de la persona jurídica

El planteamiento tridimensionalista peruano sobre el ente colectivo que aparece en el código civil promulgado en 1984 ha enriquecido el derecho nacional y comparado. La concepción tridimensional de lo jurídico puede dar cuenta total de lo que es la persona jurídica o ente colectivo. Ella es esencialmente la interacción, de suyo dinámica, entre los tres mencionados elementos: vida humana social comunitaria, valores y normas jurídicas.

En la experiencia del Derecho, el empleo del centro unitario formal de referencias normativas, creado por prescripción normativa, es una organización de personas que realiza fines valiosos, cuya conducta intersubjetiva está regulada por normas. Son los tres elementos ya citados los que interactúan, dinámicamente, para constituir, lo que se aprehende en la experiencia de lo jurídico bajo la expresión persona jurídica. Por ello, el ente colectivo no puede reducirse, como ninguna otra institución jurídica, a una sola de esas tres dimensiones. Toda visión unidimensional de la persona jurídica es insuficiente, es no acabada, insuficiente para captar su naturaleza. Es necesaria la dinámica simultánea y unitaria de vida humana social, valores y normas jurídicas.

5. Aplicación de la teoría tridimensional de lo jurídico a la empresa: su concepción como sujeto de derecho

Partiendo de la visión tridimensional del Derecho, el profesor Carlos FERNÁNDEZ SESSAREGO, en las Primeras Jornadas Latinoamericanas de Derecho Privado, que se realizaron en Argentina en 1960, presentó una exposición que tituló *El derecho de la empresa*. FERNÁNDEZ SESSAREGO planteó que es necesario considerar a la empresa como un sujeto de derecho, configurándose como una entidad a la cual se atribuye derechos, obligaciones, facultades y deberes, al igual que otras personas jurídicas como la sociedad, la asociación, fundación o el comité.

Renovadora y adelantada a su tiempo, la ponencia de FERNÁNDEZ SESSAREGO mereció el rechazo unívoco de los reconocidos juristas,

comercialistas y civilistas, que participaron en las referidas jornadas, como nos recuerda en un precioso trabajo el profesor José Antonio PEJOVÉS MACEDO (2009, p. 747 y ss.). En este tiempo, los autores consideraban a la empresa solamente como un concepto económico, sin importancia en el campo de lo jurídico.

En su pionero trabajo *Consideraciones sistemáticas preliminares para la revisión del Libro Primero del Código Civil peruano*, que se publicó en 1964, donde planteó la necesidad de la reforma del Código Civil de 1936 especialmente respecto al libro primero dedicado al derecho de las personas, evidenciando las consideraciones ideológicas, por un marcado individualismo patrimonialista del referido Código en cuanto ignoraba el tratamiento normativo de los derechos humanos y fundamentales, consideró que no existía inconveniente de estimar a la empresa como persona jurídica, como sujeto de derecho, compuesto por las personas que lo integran, el trabajo y el capital, que busca la producción de servicios y bienes, para satisfacer necesidades sociales (FERNÁNDEZ SESSAREGO, 1964, p. 33).

Para FERNÁNDEZ SESSAREGO (1984) la empresa es una organización de personas, de sujetos, que se encuentra normado, para asignarle obligaciones y derechos, constituyéndose como sujeto de derecho. Según el maestro sanmarquino el sujeto de derecho denominado empresa revista un lugar central en la actividad económica, social y política moderna, debido a que tiene la importante finalidad de proveer bienes y servicios necesarios para atender a la subsistencia y desarrollo integral de todas y cada una de las personas que conforman la sociedad (p. 41).

En la empresa, plantea el profesor de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, se evidencia las tres dimensiones de la juridicidad. Así, se encuentra en ella la comunidad de personas-vida humana (nivel sociológico-existencial), que persigue fines valiosos (nivel axiológico), para lo cual se vale de una determinada forma jurídica de acuerdo con un específico ordenamiento (nivel normativo). Vida humana social, fines valiosos y formas normativas se presentan como los tres elementos que conforman la empresa.

Cabe precisar que el tiempo dio la razón al planteamiento tridimensionalista de FERNÁNDEZ SESSAREGO, ya que, con la promulgación del Decreto Legislativo N.º 21621 de fecha 14 de setiembre de 1976, se implantó la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, que la reconoció como una persona jurídica de derecho privado, es decir sujeto de derecho. Así también en el derecho comparado, en la quinta sesión de décimo congreso de la Asamblea Nacional del Pueblo, del 15 de marzo del 2017, que aprobó la Parte General del Código Civil de la República Popular China, en vigor desde el 1 de octubre del 2017, que, en su artículo 57, declara que *“la persona jurídica es una organización”* (MONTI, 2019, p. 29), planteamiento que

Fernández Sessarego defendió por décadas en América Latina, por cuanto solo la expresión organización implica necesariamente vida humana. Como es de conocimiento, el Código Civil chino se encuentra vigente desde el 2021 (DILIBERTO, DURSÍ y MASI, 2021).

6. El “levantamiento del velo” a la luz del tridimensionalismo jurídico

El formalismo jurídico tiende a confundir lo que sucede en la empresa y, en general, en la persona jurídica como sujeto del derecho, con el recurso formal de técnica jurídica, a través del cual, por disposición normativa, se reduce *idealmente* la pluralidad de seres humanos que lo constituyen, mediante el cual las obligaciones y derechos se atribuyen al ente unitario: *pluribus unum*. De esta forma, mediante el *privilegio* formal que concede el ordenamiento positivo a las organizaciones de personas inscritas, los derechos y deberes que se imputan al centro unitario, lo que permite que los miembros aparezcan formalmente como propietarios del patrimonio ni como compelidos a cumplir las deudas que ellos contrajeron, pero que, como consecuencia de la inscripción en registros públicos, se convierte en un centro de unidad (FERNÁNDEZ SESSAREGO, p. 539 y ss).

El derecho peruano concede a la organización de personas inscritas empresa como persona jurídica la calidad de sujeto de derecho, que concede el privilegio puramente formal. Este privilegio supone excluir a la organización de personas inscrita o persona jurídica empresa del régimen común de responsabilidad para crear en su beneficio exclusivo uno de excepción consistente en otorgarle excepcionalmente el privilegio que los deberes contraídos por sus miembros no se les impute sino se trasladen a un centro ideal de referencias normativas.

En efecto, los miembros que conforman la empresa como persona jurídica y los fines valiosos perseguidos por la organización de personas resultan ser estructuras diferentes de las normas que regulan su actividad y que le conceden el privilegio formal antes referido. No obstante, ello no excluye que la persona jurídica empresa se constituya por la interacción de seres humanos, valores y normas jurídicas.

Entonces, el denominado velo de la persona jurídica empresa no es otra cosa que el aspecto más resaltante de la pura “forma” de este tipo de persona, la que se presentaba como barrera dura que no permitiría en la realidad social penetrar en la persona jurídica empresa⁶. Este planteamiento se basa en el hecho de que la empresa, en cuanto estructura formal es, para el formalismo jurídico, un ente distinto de sus miembros y, por lo tanto, de los fines valiosos por ellos perseguidos. Este “ente” no se hallaba en la realidad social, que es la vida del Derecho, sino en un mundo ideal, en un sueño de conceptos (al estilo expuesto en el célebre trabajo del gran Rudolf von JHERING (1987, p. 212 y ss.))

Cuando se comprende que el ente colectivo empresa no se somete reduccionistamente a la forma o regulación normativa, no es solo un centro unitario formal o pura forma. El formalismo impedía evidenciar la realidad que es la vida humana social donde surge y se aplica el Derecho.

Con el uso inadecuado de la forma de la empresa se desvirtúa el privilegio excepcional concedido por la normativa en beneficio de los integrantes de la empresa y de los fines y objetivos propios de esta, para derivar este beneficio en favor de la persona de uno o más de los miembros de terceros. En efecto, utilizar la forma de la persona empresa contrariando o desvirtuando la finalidad a la que legalmente creada supone incurrir en un acto indebido que es un acto ilícito⁷.

7. Conclusión

Como se ha evidenciado en este trabajo, el ente colectivo y la empresa, a partir del planteamiento liberadora del ser humano y la teoría tridimensional de lo jurídico, se constituyen en un sujeto de lo jurídico, al que se le atribuye obligaciones y derechos. La empresa persigue fines valiosos, cuyas conductas humanas intersubjetivas se hallan reguladas por normas jurídicas.

En tal sentido, el planteamiento de la subjetividad de la empresa se constituye en un aporte peruano, a través de la obra de Carlos Fernández Sessarego, sustentado en principios personalistas, abarcando su visión amplia, considerando también factores como el capital y trabajo, aportación de bienes y la actividad humana.

Referencias bibliográficas

- Agurto Gonzáles, C. (2009). A modo de colofón... un feliz hallazgo: la Teoría Tridimensional del Derecho. En *Persona, Derecho y Libertad. Escritos en Homenaje al Profesor Carlos Fernández Sessarego*. Motivensa.
- Arangio-Ruiz, G. (1952). *La persona giuridica come soggetto strumentale*, Giuffrè.
- Arangio-Ruiz, G. (2014). *La persona internazionale dello Stato*, UTET Giuridica.
- ASCARELLI, T. (1959). Personalità giuridica e problemi delle società. En *Id. Problemi giuridici*, (t. I). Giuffrè.
- BONELLI, G. (1910). *La teoria della persona giuridica*, en: *Rivista di Diritto Civile*, año II, Società editrice Libreria.
- BUSNELLI, F. (2017). *Persone e famiglia*, Pacini Giuridica.
- Cossio, C. (1964). *La Teoría Ecológica del Derecho y el concepto jurídico de Libertad*, (2.ª ed.). Losada.
- Cossio, C. (1950). Panorama della teoria ecologica del Diritto. En *Scritti Giuridici in Onore di Francesco Carnelutti*, (vol. I: Filosofia e Teoria Generale del Diritto). Cedam.
- DILIBERTO, DURSÍ y MASI (a cura) (2021). *Codice civile della Repubblica Popolare Cinese*, (trad. por Meiling Huang). Pacini Giuridica.
- Fernández Sessarego, C. (2018). *Abuso del Derecho. Concepto y problemática en el ordenamiento jurídico peruano*, (3.ª ed.). Motivensa.

- Fernández Sessarego, C. (1964). Consideraciones sistemáticas preliminares para la revisión del Libro Primero del Código Civil peruano. *Mercurio Peruano*
- Fernández Sessarego, C. (2015). *Derecho y persona*, (5.ª ed.). Astrea.
- Fernández Sessarego, C. (2017). *El derecho como libertad. La teoría tridimensional del Derecho*, (4.ª ed.). Motivensa.
- Fernández Sessarego, C. (2011). *El Derecho de nuestro tiempo. ¿Un nuevo modo de concebir el Derecho? En El derecho a imaginar el Derecho. Análisis, reflexiones y comentarios*. Idemsa.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, C. (1984). La persona jurídica y la doctrina contemporánea. En *Id., La persona en la doctrina jurídica contemporánea*. Universidad de Lima.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, C. (2011). Naturaleza de la persona jurídica. En *Id., El derecho a imaginar el Derecho. Análisis, reflexiones y comentarios*. Idemsa.
- Fernández Sessarego, C. (1990). *Subjetividad de la empresa*. En *Id., Nuevas tendencias en el derecho de las personas*. Universidad de Lima.
- FERRARA, F. (1956). *Le persone giuridiche*, (2.ª ed., con notas de Francesco Ferrara Junior). UTET.
- FERRARA, F. (1910). Teoria della persona giuridica, En *Rivista di Diritto Civile*, (año 11). Società editrice Libreria.
- FERRARA, F. (1915). *Teoria delle persone giuridiche*. UTET.
- GALGANO, F. (1969). *Delle persone giuridiche*, Zanichelli.
- Galgano, F. (2016). *Lex mercatoria*, Il Mulino.
- GALGANO, F. (1956). Struttura logica e contenuto normativo del concetto di persona giuridica (Studi per un libro sulle persone giuridiche). En *Rivista di Diritto Civile*, (1). Cedam.
- Jhering, R. (1880). *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, (traduit sur la 3^e édition avec l'autorisation de l'auteur par O. de Meulenaere, 2.ª ed., t. IV). Marescq Aîné.
- JHERING, R. (1987). En el cielo de los conceptos jurídicos. Una fantasía. En *Id., Bromas y veras en la ciencia jurídica. Un presente navideño para los lectores de obras jurídicas*, (trad. por Tomás A. Banzhaf). Civitas.
- Kelsen, H. (1982). *Teoría pura del derecho*, (traducción de la 2.ª ed. en alemán por Roberto J. Vernengo). Universidad Nacional Autónoma de México.
- Losano, M. (2017). *La teoría pura del Derecho. Evolución y puntos cruciales*. Olejnik.
- Monateri, P. (1995). Il diritto soggettivo. En *Pensare il diritto civile*. G. Giappichelli.
- MONIT, F. (2019). *Leggi tradotte della Repubblica Popolare Cinene XI: Codice civile della Repubblica Popolare Cinese. Parte generale*, (traducción y notas de Federica Monti). Cedam-Wolters Kluwer.
- ORESTANO, R. (1968). *Il problema delle persone giuridiche in diritto romano*. G. Giappichelli.
- Pejovés Macedo, J. (2009). Una visión de Carlos Fernández Sessarego: la empresa como sujeto de derecho. En AA. Vv., *Persona, derecho y libertad. Nuevas perspectivas. Escritos en Homenaje al profesor Carlos Fernández Sessarego*. Motivensa.
- Perlingieri, P. (1982). *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, (reimp.). Università degli Studi di Camerino-ESI.
- Pupo, C. (2015). *La persona giuridica. Fenomenologia e significato dal diritto romano al diritto commerciale*, Giuffrè.
- Ramos, N. (2011). *La filosofía de Miguel Reale*. Universidad Fasta.

- Ranieri, F. (2020). *L'invenzione della persona giuridica. Un capitolo nella storia del diritto dell'Europa continentale*. Giuffrè-Francis Lefebvre.
- Reale, M. (1997). *Teoría tridimensional del Derecho. Una visión integral del Derecho*, (trad. por Angeles Mateos). Tecnos.
- SCALFI, G. (1968). *L'idea di persona giuridica e le formazioni sociali titolari di rapporti nel diritto privato*. Giuffrè.
- Serick, R. (1966). *Forma e realtà della persona giuridica*, (trad. por Marco Vitale). Giuffrè.
- TAMBURRINO, G. (1980). *Persone giuridiche e associazioni non riconosciute. Comitati*, UTET.
- Verrucoli, P. (1964). *Il superamento della personalità giuridica delle società di capitali nella common law y nella civil law*. Giuffrè.
- Windscheid, B. (1925). *Diritto delle pandette*, (t. I, trad. por Carlo Fada y Bensa). UTET.
- ZATTI, P. (1975). *Persona giuridica e soggettività. Per una definizione del concetto di "persona" nel rapporto con la titolarità delle situazioni soggettive*. Cedam.
-

Notas al final

¹ Profesor en el pre y postgrado de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y de la Universidad Antonio Ruiz de Montoya. Ha sido Secretario Técnico del Grupo de Trabajo encargado de la revisión y mejora del Código Civil peruano, nombrado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Post Doctor en Derecho y Nuevas Tecnologías en la Universidad "Mediterranea" de Reggio Calabria (Italia). Doctor en Derecho por la Universidad de Turín (Italia). Magister por la Universidad de Bolonia (Italia). *Visiting Scientist* en la Universidad de Padua (Italia). Miembro Asociado del Centro de Estudios sobre América Latina de la Alma Mater Studiorum - Universidad de Bolonia (Italia). Ex becario de la Unión Europea, de la Universidad de Turín y de la Universidad de Padua. Es también miembro del Comité Científico del Centro de Investigación en Derecho Privado Europeo de la Universidad Suor Orsola Benincasa de Nápoles (Italia). Miembro de la Asociación de Derecho Público Comparado y Europeo (Italia). Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

² El problema de la persona concierne al ordenamiento jurídico en su conjunto: PERLINGIERI (1982, p. 12).

³ Para un estudio profundo de esta obra fundamental para la ciencia jurídica y sobre el pensamiento de Kelsen, ver LOSANO (2017).

⁴ Véase también COSSIO (1950, p. 139).

⁵ En Italia los más profundos estudios realizados en los últimos años sobre el ente colectivo se deben al gran comparatista RANIERI (2020, pp. 5 y ss.); así como al comercialista PUPO (2015, p. 1 y ss.).

⁶ Sobre de la desestimación de la forma de la persona jurídica, véase SERICK (1966, p. 9 y ss.).

⁷ Para un estudio completo del abuso de la personalidad jurídica, véase VERRUCOLI (1964, pp. 79 y ss.).

INVESTIGACIONES NACIONALES

Implicancias jurídicas de la neurotecnología omnipresente e inteligencia artificial en la Cuarta Revolución Industrial: los neuroderechos emergentes

Legal implications of ubiquitous neurotechnology and artificial intelligence in the Fourth Industrial Revolution: emerging neurorights

*Wilder Luis Charaja Bejar*¹

Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, Perú

<https://orcid.org/0000-0003-1526-5653>

wilder.charaja@unmsm.edu.pe

Presentado: 08/12/2023 - Aceptado: 23/12/2023 - Publicación: 30/12/2023

Resumen

La Cuarta Revolución Industrial está originando implicancias jurídicas de diversa índole, no obstante la que genera la combinación de la neurotecnología omnipresente e inteligencia artificial es más trascendental, pues esa neurorevolución al viabilizar la explotación extracelular de los datos cerebrales plantea desafíos para los derechos humanos, ya que exponen a los individuos a la intromisión en los aspectos más íntimos de su vida privada, al riesgo de que pirateen sus datos, a la injerencia en la confidencialidad y a la vigilancia digital. Por eso, en el contexto de la Industria 4.0 o Revolución Industrial Etapa Cuatro se evidencia la necesidad de la garantía de los neuroderechos emergentes referidos a la libertad cognitiva, a la privacidad mental, a la integridad mental y a la continuidad psicológica mediante regulaciones específicas. Además, la consolidación de tales derechos neuroespecíficos o derechos de la mente es una recomendación de la academia especializada y una preocupación de organismos de derechos humanos, que es necesario atender antes que sea demasiado tarde.

Palabras clave: neuroderechos emergentes, Cuarta Revolución Industrial, neurotecnología omnipresente, Industria 4.0, inteligencia artificial, neurorevolución, derechos neuroespecíficos.

Abstract

The Fourth Industrial Revolution is giving rise to legal implications of various kinds, however the one generated by the combination of ubiquitous neurotechnology and artificial intelligence is more transcendental, since this neurorevolution by enabling the extraclinical exploitation of brain data poses challenges for human rights, since that expose individuals to intrusion into the most intimate aspects of their private lives, the risk of having their data hacked, interference with confidentiality and digital surveillance. Therefore, in the context of Industry 4.0 or Industrial Revolution Stage Four, the need to guarantee emerging neurorights related to cognitive freedom, mental privacy, mental integrity and psychological continuity through specific regulations is evident. Furthermore, the consolidation of such neurospecific rights or rights of the mind is a recommendation of specialized academia and a concern of human rights organizations, which must be addressed before it is too late.

Keywords: emerging neurorights, Fourth Industrial Revolution, ubiquitous neurotechnology, Industry 4.0, artificial intelligence, neurorevolution, neurospecific rights.

I. Consideraciones iniciales

La cita del epígrafe es de Schwab (2016) fundador del Foro Económico Mundial y la escribió en su obra *La Cuarta Revolución Industrial genera un mundo en el que los sistemas de fabricación virtuales y físicos cooperan entre sí de una manera flexible a nivel global*. Además, su frase citada «Nunca ha habido una época de mayor promesa o potencial peligro» resume con precisión la idea del proceso de transformación convergente e irruptivo que ya estamos vivenciando en distintos ámbitos, como el de la mente que es quizás el último refugio de nuestra autodeterminación y libertad personal. Por eso, en esta revolución se evidencia una dicotomía entre los beneficios y perjuicios que suponen los avances científicos y tecnológicos, donde destacan la neurotecnología omnipresente e inteligencia artificial.

No obstante, si bien ese proceso irruptivo de transformación estriba en sistemas conectados e inteligentes, también comprende lo referente a la nanotecnología y a la secuenciación genética, así como lo concerniente a la computación cuántica y a las energías renovables. Asimismo, esa revolución industrial se caracteriza por la convergencia de estas tecnologías emergentes que se vinculan a través dominios de naturaleza física, biológica, y digital lo que implica que sea muy distinta a los procesos precedentes con implicancias relevantes en diversos contextos, algunos tan sensibles como el de la mente humana. Pues, la neurotecnología omnipresente combinada con la inteligencia artificial tienen el potencial para acceder a algunos componentes de nuestra información mental y comprender el funcionamiento del cerebro humano mediante aplicaciones clínicas y extraclínicas.

Además, la Cuarta Revolución Industrial denominada también como la Industria 4.0 o la Revolución Industrial Etapa Cuatro se refiere a la fase

actual de transformación tecnológica que está aconteciendo en diversos sectores de la economía mundial. Asimismo, esta revolución se caracteriza por la convergencia de tecnologías digitales, físicas y biológicas, también está impulsada por avances significativos en áreas como la robótica, el internet de las cosas, la nanotecnología, la computación en la nube, la impresión 3D, el *Big Data*, entre otras. Sin embargo, a diferencia de las revoluciones industriales anteriores, la Cuarta Revolución Industrial se singulariza por la velocidad, amplitud y profundidad de los cambios que está implicando en los sistemas de producción y en la sociedad en general.

II. Surgimiento irruptivo de la Cuarta Revolución Industrial

El concepto, de la Industria 4.0 fue acuñado en el marco de la estrategia de alta tecnología del Gobierno federal de Alemania en la Feria de Hannover el 2011 y describe la producción industrial en la que todos los productos y máquinas están interconectados entre sí digitalmente (Deutschland. de, 2014). Es decir, desde la segunda década del siglo XXI estamos en ese proceso de transformación convergente el cual tiene el potencial de generar beneficios significativos como la mayor eficiencia en los procesos productivos, la creación de nuevos modelos de negocio y la mejor calidad de vida de las personas. Sin embargo, plantea desafíos determinantes como la automatización del trabajo humano, la preocupación por la privacidad, la seguridad de los datos personales y la necesidad de desarrollar habilidades para adaptarse a este nuevo entorno tecnológico. O sea, esta revolución ya está transformando irruptivamente la manera como las empresas operan, el estilo en que interactúan con los clientes y el modo como crean valor, así como la forma en que las personas viven, trabajan y se relacionan.

También, la Revolución Industrial Etapa Cuatro comprende la automatización de procesos industriales mediante robots y sistemas inteligentes, la creación de fábricas inteligentes y conectadas que aprovechan el intercambio de datos en tiempo real. Asimismo, abarca el desarrollo de vehículos autónomos, el uso de algoritmos y análisis de datos para la toma de decisiones empresariales, la implementación de dispositivos y sensores inteligentes en ciudades para mejorar la gestión urbana. Además, incluye el progreso de la neurociencia que apoyada en neuroimágenes están permitiendo el desbloqueo progresivo del cerebro humano, brindando información de los procesos cerebrales y de su vinculación con los estados mentales, para observar nuestro comportamiento e impulsos mediante neurotecnologías no invasivas que según Fernández (2015) todas ellas se engloban en la neurotecnología omnipresente.

Además, raudamente en esta revolución industrial se están estableciendo reglas de juego nuevas en la sociedad, derivadas principalmente de la combinación de la neurotecnología omnipresente e inteligencia artificial, lo que

supone inevitablemente una neurorevolución. En efecto, pues los científicos especializados siguen tratando de descodificar los circuitos neuronales que generan la actividad mental en particular y el comportamiento humano en general. No obstante, por la complejidad del cerebro humano aún no han logrado descifrado y todavía no conocemos con precisión cómo funciona, por eso sigue siendo la parte más desconocida de nuestro cuerpo. No obstante, eso en esta revolución digital ya está cambiando y el develamiento de ese órgano constituye uno de los principales retos de la neurociencia en Cuarta Revolución Industrial, lo cual solo es cuestión de tiempo.

Al respecto, en el proceso de transformación convergente e irruptivo de la Industria 4.0 el 2 de abril de 2013 con motivo de la presentación del proyecto *Brain Research through Advancing Innovative Neurotechnologies (BRAIN)* el expresidente de los Estados Unidos de América Barack Obama refirió que la especie humana ya ha logrado analizar partículas más pequeñas que un átomo e incluso reconocer galaxias distantes a años luz, pero que aún está pendiente descubrir «el misterio de las tres libras de materia que se encuentra entre nuestras orejas», y que con la iniciativa *BRAIN* a los científicos se les proporcionará las herramientas que requieran para que obtengan imágenes dinámicas del cerebro humano en acción que nos permita comprender a cabalidad cómo aprendemos, pensamos, y recordamos (Comisión Presidencial para el Estudio de Cuestiones Bioéticas, 2014).

Además, en la Revolución Industrial Etapa Cuatro el proyecto *BRAIN* comenzó el 2015 desarrollando técnicas que se aplicarían comenzando con los animales más simples hasta los más complejos, para recién cartografiar la actividad completa de los tejidos neuronales del cerebro humano. Por eso, en tal proyecto se propuso tres objetivos para desarrollar: (a) técnicas que evalúen la actividad de cada neurona y su potencial de acción en los circuitos neuronales para observar lo que se emite en la pantalla cerebral de los humanos y animales, (b) técnicas que modifiquen a voluntad la actividad de las neuronas en los circuitos neuronales para cambiarla en el cerebro de los pacientes y enmendar las funciones alteradas por patologías, y (c) herramientas informáticas que examinen con megacomputadoras los datos de trillones de neuronas que varían muy velozmente en pocos microsegundos (Yuste, 2019, p.13-14). Esto es parte de lo que se conoce como la neurorevolución o revolución digital.

Siendo así, en la Cuarta Revolución Industrial se genera implicancias jurídicas irruptivas en las sociedades insertas en la globalización, principalmente con la neurorevolución. Por eso, ya se ha planteado que la mejor manera de asumir los desafíos que implica la combinación de la neurotecnología omnipresente e inteligencia artificial es consolidar los neuroderechos emergentes denominados también como los derechos neuroespecíficos o los derechos de la mente. Al respecto, según Yuste (2019,

p.25-26), quien fue el principal propulsor del mayor proyecto neurocientífico de la historia denominado *BRAIN*, esas tecnologías innovadoras serán cruciales para lograr decodificar los problemas neurológicos y comprender los fundamentos fisiológicos de la actividad mental, que desde un punto de vista es muy bueno, pero desde otra perspectiva no lo es tanto, pues quienes las posean tomarán progresivamente el control sobre las decisiones de las personas, lo cual implica problemas éticos y jurídicos de colosal magnitud ya que podrán alterar la esencia de lo que constituye la especie humana.

Es así que el expresidente Obama (2013), en la carta que dirigió a la presidenta de la *Comisión Presidencial para el Estudio de Asuntos Bioéticos* de los Estados Unidos, puntualizó que en su anuncio de la iniciativa *BRAIN* señaló que los desarrollos en neurociencia tienen gran potencial para ayudar a las personas y la sociedad. Asimismo, indicó que las nuevas tecnologías al visualizar mejor el cerebro y comprender cómo funciona prometen acelerar el descubrimiento de nuevas formas de tratar y prevenir los trastornos cerebrales, descifrando los componentes neuronales de la memoria y el aprendizaje. Sin embargo, también escribió *Advances in neuroscience can also raise ethical and legal issues that require reflection and analysis*; o sea, precisó que los avances en neurociencia también pueden plantear problemas éticos y legales que requieren reflexión y análisis. Por eso, en este artículo reflexionamos y analizamos sobre eso en el proceso de transformación convergente e disruptivo de la Industria 4.0 que concierne a la combinación de la neurotecnología omnipresente e inteligencia artificial.

III. Problemática jurídica de la Revolución Industrial Etapa Cuatro

En la Cuarta Revolución Industrial la combinación de la neurotecnología omnipresente e inteligencia artificial está posibilitando obtener cada vez más información del cerebro de los animales y de las personas. Sin embargo, esas nuevas tecnologías pueden utilizarse con buenos o malos propósitos. En efecto, el neurocientífico Yuste (2019, p. 7) refirió que las neurotecnologías combinadas con la inteligencia artificial están permitiendo acceder a la información del cerebro de las personas y «podrían usarse para descifrar y manipular procesos mentales» incluso «alterando lo que significa ser humano», lo cual impactará en la sociedad del futuro, por eso aboga por los neuroderechos emergentes como nuevos derechos humanos. Más aún, la revista científica *Nature Neuroscience* Tang (2023, mayo 1) presentó un decodificador no invasivo que reconstruye el lenguaje a partir de representaciones semánticas corticales registradas mediante imágenes por resonancia magnética funcional.

Además, el diario *La Vanguardia* (2023, mayo 1) publicó que ya «Se puede leer el pensamiento registrando la actividad del cerebro con resonancia magnética funcional, según han demostrado científicos de la Universidad

de Texas». Eso se logró gracias a la combinación de la neurotecnología omnipresente e inteligencia artificial. Además, la CNN (2023, mayo 1) informó que Geoffrey Hinton el padrino de la inteligencia artificial se retiró de *Google* para alertar que «muchos ya no serán capaces de saber qué es verdad» y que «la IA va a transformar la sociedad de formas que no comprendemos del todo y no todos los efectos van a ser buenos». También, la BBC (2023, mayo 16) anunció que Sam Altman creador del chatbot de inteligencia artificial *ChatGPT*, ante los senadores de EEUU planteó que el Congreso debería regular el uso de la inteligencia artificial y confesó que «Mi peor temor es que causemos un daño significativo al mundo», incluso sobre las elecciones y la IA dijo «Estoy nervioso al respecto».

Por eso, con visión mundial el Comité Internacional de Bioética (CIB) de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación sostuvo que el rol de las neurotecnologías es cada vez más importante en nuestras vidas, «para bien cuando se trata de aportar soluciones para tratar algunas patologías neurológicas o mentales, o para mal si abren paso a una explotación no consentida de los datos extraídos de nuestro cerebro», por eso propugnó que se reconozcan los neuroderechos como nuevos derechos humanos pues «en lo que respecta a los riesgos éticos que pueden entrañar las neurotecnologías el vacío jurídico es prácticamente total» (UNESCO, 2022, p. 6). En efecto, el sistema que protege los derechos humanos no abarca las implicaciones de la combinación de la neurotecnología omnipresente e inteligencia artificial respecto a la garantía de los neuroderechos emergentes o derechos neuroespecíficos referidos a la libertad cognitiva, a la privacidad mental, a la integridad mental, y a la continuidad psicológica.

Asimismo, en la Industria 4.0, por el avance científico y tecnológico diversas herramientas con conexiones infinitas de personas y cosas por Internet originaron el *Big Data* con nuestra información personal históricamente almacenada. Además, esa megabase de datos la seguimos incrementando con la búsqueda de información, el empleo de redes sociales, la rutina del entretenimiento, el uso para la formación, la revisión de los medios de comunicación y la visualización de la televisión. Siendo así, con esos datos ya pueden las empresas generar negocios estratégicos y los países crear mecanismos de control de la gente. Por eso, con enfoque europeo, Reche (2021, p. 417) afirmó que el panóptico digital en la era del *Big Data* supone un instrumento psicopolítico eficaz que viabiliza la intervención de la mente hasta condicionarla a niveles prerreflexivos para «hacer pronósticos sobre el comportamiento humano, de manera que el futuro se convierte así en predecible y controlable».

También, en la Revolución Industrial Etapa Cuatro, la combinación de neurotecnologías e inteligencia artificial simultáneamente suponen fortalezas y oportunidades para la humanidad, así como debilidades y

amenazas para los derechos de la mente referidos a la libertad cognitiva, a la privacidad mental, a la integridad mental, y a la continuidad psicológica, desde la perspectiva de los derechos humanos, de ahí la necesidad de garantía de los neuroderechos. Por eso, con panorama latinoamericano, Vásquez (2022, p. 122) indicó que próximamente con el pensamiento controlaremos las máquinas y computadoras usando neurotecnologías emergentes que monitoreen y manipulen la actividad cerebral e incluso mejoren y aumenten las funciones cognitivas; no obstante, «dichas tecnologías carecen de un marco jurídico adecuado para proteger los derechos fundamentales de los retos que plantean estos avances».

En efecto, nuestro país no es ajeno a tal realidad ni ninguno que este inserto en la Globalización. Sin embargo, pocos Estados se han interesado en lo que supone el desarrollo exponencial de las neurotecnologías e inteligencia artificial y la casi nula regulación de los neuroderechos emergentes. Por eso, con visión peruana, Gonzales (2021, p. 9) sostuvo que la inteligencia artificial supone una amenaza cuando converge su aplicación con la neurotecnología omnipresente, pues tal combinación «se orienta a la decodificación o lectura de ondas cerebrales para manipular los procesos mentales» vinculados a la aprehensión, comunicación, decisión, emoción, intención, memoria y que contemporáneamente a pesar que existen tendencias para reconocer derechos humanos emergentes también se requiere que próximamente los derechos sean animales, posthumanos o transhumanos.

Por eso, la regulación de las neurotecnologías e inteligencia artificial es una recomendación de la academia especializada. En efecto, Chneiweiss (marzo, 2022, p. 6), director de investigaciones del Centro Nacional de Investigación Científica de Francia afirmó que la explotación extraclínica de los datos cerebrales se está incrementando, lo cual implica desafíos para la ética y los derechos humanos y que «esa actividad requiere la instauración de una gobernanza». Esto mediante el establecimiento de los derechos neuroespecíficos. Además, el neurocientífico Rafael Yuste en la entrevista que concedió a Dare (marzo, 2022, pp. 11-12) aseguró que «Cualquier tecnología que altere el tejido donde se generan nuestras capacidades mentales y cognitivas repercutirá sobre el pilar fundamental de la persona, sobre nuestra humanidad» y además nos alertó precisando que «No se trata de ciencia-ficción. Hay que actuar antes de que sea demasiado tarde».

IV. Implicancias jurídicas de la neurorevolución en la Industria 4.0

La historia nos ha mostrado que cuando las revoluciones industriales están en marcha los cambios acontecen rápidamente en los distintos ámbitos de nuestras vidas. En efecto, los emprendedores transforman los inventos en innovaciones comerciales, estas generan empresas nuevas que crecen aceleradamente, y los consumidores requieren productos y servicios

nuevos para mejorar su calidad de vida. Asimismo, luego que el engranaje de este proceso empieza a funcionar, la sociedad y la economía cambian muy velozmente. Además, contemporáneamente en el contexto de la Cuarta Revolución Industrial aconteció el COVID-19 con la consecuente crisis global de múltiples dimensiones que padecemos y que según Orias (2022, p. 212) en esa pandemia se intensificó exponencialmente las transformaciones científicas y tecnológicas con implicaciones inéditas para la convivencia de las sociedades que denotan diversos desafíos a los paradigmas jurídicos tradicionales.

En efecto, en la Industria 4.0 están evolucionando velozmente diversas tecnologías disruptivas tales como: el Big data y analítica de datos, el Blockchain, la inteligencia artificial, el Machine Learning, la realidad aumentada, y la robótica. Asimismo, en esta revolución en la cual estamos casi en sus comienzos ya está transformando progresivamente las bases de nuestra la forma de vivir, laborar e interrelacionarnos, y cambiara a la humanidad tal como la conocemos actualmente. Por eso, Schwab (2016) sostuvo que la nueva revolución tecnológica supone la transformación de la civilización humana como actualmente la conocemos, pues muchas innovaciones a pesar que están en sus comienzos, ya están llegando a un punto de inflexión en su evolución mientras se rediseñan y perfeccionan las fusiones de las tecnologías emergentes mediante enlaces biológicos, físicos, y digitales. Siendo así, algunas de las implicaciones jurídicas más relevantes de la combinación de la neurotecnología omnipresente e inteligencia artificial se correlacionan con lo siguiente:

A. Protección de datos: denota la recopilación, almacenamiento y análisis masivo de datos, lo que plantea desafíos sobre la protección de la privacidad y la seguridad de la información personal. Por ende, se requiere que los marcos legales establezcan normas claras sobre cómo se deben recopilar, utilizar y proteger los datos personales, así como los derechos de los individuos en relación con su información personal.

B. Responsabilidad legal: supone que con el aumento de la automatización y el uso de tecnologías autónomas se plantea cuestiones sobre la responsabilidad legal en caso de incidentes o daños causados por máquinas o sistemas inteligentes. Por tanto, se deben establecer criterios legales para determinar quién es responsable en caso de errores, accidentes o decisiones perjudiciales tomadas por máquinas.

C. Protección del empleo: implica que con la automatización y robotización de los procesos productivos se impacta en el empleo y el mercado laboral. Siendo así, es necesario analizar y adaptar las leyes laborales para abordar cuestiones relacionadas con la protección de los derechos de los

trabajadores, la redefinición de las relaciones laborales, y la capacitación de los empleados para los roles nuevos.

D. Propiedad intelectual: denota que los avances tecnológicos en áreas como la inteligencia artificial y la impresión 3D plantean desafíos sobre la protección de los derechos de propiedad intelectual. Por ende, las leyes de propiedad intelectual deben actualizarse para abordar temas como la protección de algoritmos, la autoría de obras producidas por sistemas de inteligencia artificial, y la protección de diseños 3D.

E. Ciberseguridad: supone que por el aumento exponencial de la interconexión y del intercambio de datos se plantea diversos riesgos de ciberataques y violaciones de seguridad. Por tanto, es necesario que los marcos legales se adapten a los cambios tecnológicos emergentes y amplíen más su campo de protección ante las violaciones o amenazas de seguridad protegiendo los sistemas críticos de infraestructura.

Siendo así, esas son solo algunas de las implicancias jurídicas más significativas de la Revolución Industrial Etapa Cuatro. No obstante, la implicancia jurídica más importante que origina la combinación de la neurotecnología omnipresente e inteligencia artificial, es la que concierne a la protección de datos de nuestra mente por ser quizás el último refugio de nuestra autodeterminación y libertad personal. Además, si bien lo que se ha logrado con los datos extraídos para su uso clínico gracias a esa convergencia, tal vez no acontezca lo mismo en cuanto a su utilización extraclínica, ya que todo dependerá que finalidad se le de a la información recopilada. En tal contexto, desde la perspectiva de los derechos humanos, se requiere que integremos disciplinas e industrias que tradicionalmente están delimitadas de forma precisa para que con visión holística determinemos claramente nuestros límites morales y éticos en aras de la garantía de los neuroderechos.

Además, para Elgueta & Palma (2022, p.14-15) ya estamos enfrentando como sociedad dos fenómenos de gran relevancia histórica como son la Cuarta Revolución Industrial y la crisis climática, ambos con potencialidad inmensa para cambiar las relaciones sociales. Sin embargo, respecto a la Industria 4.0 desde el recinto jurídico no se han propuesto soluciones integrales a este fenómeno que conlleva problemas sociales, económicos, políticos y culturales, pues en el contexto mundial las normas actuales evidencian limitaciones severas para enfrentar las potenciales amenazas o vulneraciones de los derechos de la mente. Incluso, desde el ámbito científico tampoco se han brindado respuestas cabales ante el riesgo que supone la combinación de la neurotecnología omnipresente e inteligencia artificial, pese a que las implicancias de esta neurorevolución ya se han evidenciado con resultados concretos.

Como fuere, la historia nos ha mostrado que cuando las revoluciones industriales comienzan rápidamente se generan transformaciones en la sociedad, como es el caso de la Revolución Industrial Etapa Cuatro que ya está generando implicancias numerosas, muchas de las cuales nos están afectando progresivamente cada vez más como especie humana y no son visiones del futuro son realidades de nuestro presente. Por eso, se requiere que pensemos transversalmente uniendo disciplinas para potenciar el bien común y estableciendo límites para preservar la dignidad humana con normas que regulen las bondades de las externalidades positivas y que nos protejan de las secuelas de las externalidades negativas en esta revolución industrial, pues las neurotecnologías e inteligencia artificial si bien son muy útiles también es cierto que pueden irrumpir los derechos neuroespecíficos que nos asisten, de ahí la relevancia de la garantía de los neuroderechos emergentes en tal contexto.

VI. Cuestiones preliminares de los neuroderechos emergentes

En el contexto histórico y sociocultural de la Cuarta Revolución Industrial por el potencial uso extraclínico y disruptivo de la combinación de la neurotecnología omnipresente e inteligencia artificial se está impulsando la consolidación de los derechos de la mente o neuroderechos y en ese trayecto de afianzamiento se están generando algunos términos proclives a convertirse en anglicismos. En efecto, dos de esos vocablos son *neurolaw* y *neurorights* que tienen definiciones diferentes en la lengua inglesa, pero en el idioma castellano ambas palabras tienen una sola traducción que es neuroderecho, en singular y plural. Al respecto, para Cornejo (2021) *neurolaw* y *neurorights* son dos conceptos que suponen el género y la especie de una disciplina que en castellano solo posee una traducción posible neuroderecho o neuroderechos y sostiene que la confusión en la traducción puede llevar a reduccionismos. Por eso, académicamente requerimos distinguirlos.

Siendo así, *neurolaw* se traduce como neuroderecho y es una disciplina nueva que interpreta principios, reglas y definiciones jurídicas que se dilucidan desde la perspectiva de las neurociencias, relativos entre otros al ámbito de la agencia o libre albedrío y a los conceptos sobre la autonomía de la personalidad y la teoría de la responsabilidad, por lo que enriquece las fuentes del derecho y apoya a fundamentar las normas jurídicas basadas en disciplinas que estudian el sistema nervioso. Mientras que, *neurorights* se traduce como neuroderechos y son los derechos humanos que están surgiendo por la carencia de protección normativa ante el potencial uso disruptivo de la neurotecnología omnipresente e inteligencia artificial, tales como los derechos referidos a la libertad cognitiva, a la privacidad mental, a la integridad mental, y a la continuidad psicológica, por lo que son susceptibles

de ser incorporados a los sistemas jurídicos como derechos adicionales a los tradicionales.

Sin embargo, para comprender lo que se pretende proteger con los neuroderechos, es decir con los *neurorights*, requerimos diferenciar lo mental o síquico de lo cerebral o físico, pues el concepto de neuroderechos surge de la relación entre estas dos características de la dimensión humana. Al respecto, para Balog (1999) tanto lo psíquico como lo físico son dimensiones que tienen propiedades que las diferencian. Además, en la Industria 4.0 el debate sobre la relación entre la mente y el cerebro ya trascendió del ámbito filosófico al de las ciencias médicas experimentales con la denominación el problema mente-cuerpo y según Priest (2000) radica en hallar la expresión precisa del nexo entre las propiedades mentales y las propiedades físicas vinculadas a estados subjetivos. En efecto, para López- Silva & Madrid (2021, pp. 54-55) el desafío supone determinar claramente cómo se vinculan los comportamientos cerebrales con los fenómenos mentales, o sea cómo lo cerebral causa lo mental. Siendo así, sin pretender resolver tal problema, eso requiere algunas precisiones.

Al respecto, en el problema mente-cuerpo, las propiedades mentales o privadas son las que no pueden observarse por terceros ni ser medidas aún, acontecen en una persona al estar exclusivamente vinculadas a su vivencia consciente y no están disponibles para ser capturadas todavía, por tanto su acceso es privado o sea son sujeto-dependientes pues se accede de forma única y privada por quien las experimenta; mientras que, las propiedades físicas o públicas son las que pueden observarse por terceros y ser medidas, su presencia no dependería de que ocurran o no en la mente de un observador y siempre están disponibles para ser capturadas, por ende su acceso es público es decir son sujeto-independientes pues se accede de forma plural y pública por quienes no las experimentan. No obstante, en cualquier estado mental intervienen tanto las propiedades físicas como las propiedades mentales (Jackson, 1982). Por eso, los enunciados mentales no deben ser reducidos a enunciados físicos pues se disiparían las características inherentes de lo mental (Davidson, 2001).

Además, si bien el problema mente-cuerpo es de muy larga data ya sabemos que el cerebro origina toda nuestra actividad mental y genera nuestra personalidad. Más aún, según Yuste (2019) todo lo que somos como especie humana es principalmente producto del cerebro y como humanos nos caracterizamos por nuestras actividades cognitivas lo que implica que seamos una especie eminentemente mental, pues nuestra esencia es la mente humana que resulta de la interacción entre neuronas, aunque el problema fundamental es que existe una especie de código cerebral que se basa en los disparos de las neuronas lo cual aún desconocemos, pero cuando

descubramos eso podremos entenderla para lograr conocernos aún más. Por eso, en la Revolución Industrial Etapa Cuatro requerimos saber lo que en la academia especializada se denomina la propiedad emergente.

Al respecto, la propiedad emergente implica descubrir las correlaciones entre las neuronas que definen nuestra actividad cerebral. Sin embargo, para conseguir propiedades emergentes se requiere construir sistemas con demasiados componentes para interrelacionarlos, lo cual es específicamente el diseño de todos los sistemas nerviosos (Yuste, 2019). Como fuere, en el actual proceso de transformación convergente, a medida que se progresa en la evolución, los sistemas nerviosos parecen ser cada vez más complejos, lo cual supone que las propiedades emergentes serían cada vez más sofisticadas, pero si pudiéramos descifrarlas sabríamos cómo es la mente humana y cuáles son los circuitos neuronales, lo cual supone que los investigadores miren la película tridimensional completa del cerebro humano y no solo algunas fotografías bidimensionales parciales de algunos de sus componentes. Ese conocimiento también sirve de sustento ante las implicancias jurídicas de la Cuarta Revolución Industrial respecto a los derechos neuroespecíficos de la mente.

VII. Necesidad de garantizar los derechos humanos de la mente

En el plano internacional y en el contexto de la Industria 4.0 se ha propuesto la necesidad de crear los derechos de la mente o neuroderechos como una categoría nueva de derechos humanos debido a que los ordenamientos jurídicos actuales no están preparados para afrontar la irrupción de la combinación de la neurotecnología omnipresente e inteligencia artificial. En efecto, tales planteamientos surgieron para determinar cómo queremos desarrollar la sociedad del futuro y como deseamos que sean las relaciones humanas con las tecnologías emergentes. Asimismo, desde distintos ámbitos ante el actual proceso de transformación convergente que conlleva derechos emergentes ya se reconoció la necesidad de adecuar a estos tiempos las fórmulas tradicionales de protección de los derechos humanos.

Por eso, para los organismos de derechos humanos la regulación de la neurotecnología omnipresente e inteligencia artificial es una preocupación. En efecto, a nivel mundial, la UNESCO sostiene que la convergencia de las neurotecnologías e inteligencia artificial presenta desafíos nuevos con implicancias éticas y de derechos humanos, donde la falta de gobernanza y regulación global es preocupante. Además, a nivel regional el Comité Jurídico Interamericano (CJI) de la OEA el 11 de agosto de 2021 aprobó la Declaración sobre Neurociencia, Neurotecnologías y Derechos Humanos: Nuevos Desafíos Jurídicos para las Américas, que constituye la primera declaración en la que se afirma que no existen regulaciones específicas ante el exponencial desarrollo

tecnológico, y el 9 de marzo de 2023 aprobó los Principios Interamericanos en materia de Neurociencias, Neurotecnologías y Derechos Humanos, que otorgan más precisiones sobre el desarrollo de las neurotecnologías para prevenir cualquier situación que pueda vulnerar los derechos humanos.

Además, el Comité Internacional de Bioética de la UNESCO [CIB] (2021) en su informe de fecha 15 de diciembre de 2021, sobre las cuestiones éticas de la neurotecnología a los Estados miembros de la ONU en su fundamento 190 recomendó «Sobre la base de los derechos humanos constitucionalmente reconocidos, CIB alienta a los Estados miembros a garantizar los neuroderechos. La concesión de un estatus positivo a los neuroderechos permitirá a los ciudadanos exigir el respeto de estos derechos, así como a los Estados miembros para que proporcionen los marcos jurídicos adecuados para la producción y el uso de la neurotecnología», y en el fundamento 191 sugirió «a) Asegurar que sus leyes fundamentales reconozcan y garanticen claramente la integridad física y psíquica que permita a las personas el pleno goce de su identidad personal, y el derecho a actuar de manera autónoma, y que sólo la ley podrá establecer los requisitos para la limitación de este derecho.».

También, la OEA el 8 abril 2021 a través del Comité Jurídico Interamericano aprobó los Principios Actualizados sobre la Privacidad y la Protección de los Datos Personales (CJI/doc. 638/21), donde se estableció que tal información sólo puede ser recopilada y utilizada para propósitos legítimos, debiéndose «adoptar medidas de privacidad y de seguridad reforzadas» para los datos más sensibles, como son los datos neuronales, pues «si se manejan o se divulgan de manera indebida, darían lugar a una intrusión profunda en la dignidad personal [...] o causar un riesgo de graves perjuicios para la persona». Al respecto, las reglas tradicionales de privacidad se concibieron para proteger la información externa de las personas (Ienca & Andorno, 2021), mas no nuestra información interna.

Posteriormente, la OEA el 11 agosto 2021 en la Declaración del Comité Jurídico Interamericano sobre Neurociencia, Neurotecnologías y Derechos Humanos: nuevos desafíos jurídicos para las Américas, resolvió: «1. Continuar el tratamiento de este tema en su agenda de trabajo y desarrollar en mayor profundidad estas preocupaciones mediante un documento de Principios interamericanos en materia de neurociencias, neurotecnologías y Derechos Humanos que pueda establecer estándares internacionales que contribuyan a orientar y armonizar las regulaciones nacionales necesarias.», así como «2. Llamar la atención sobre estas recomendaciones a los Estados, el sector privado, la academia y el mundo científico, con el fin de instarlos que participen en el proceso de adopción de medidas concretas que permitan que estas innovaciones contribuyan al bienestar de las personas y comunidades.».

De ahí que, en Latinoamérica a nivel legal y constitucional Chile fue el primer país en consagrar la protección de los neuroderechos, país en el que incluso su Corte Suprema el 9 de agosto de 2023 estableció el principio precautorio y el rol de los Estados en estos casos, en Brasil también existen menciones a la indemnidad mental y a los neurodatos en el proyecto de ley 522/2022, en Argentina se está promoviendo el proyecto de ley 0339-D-2022, y en Mexico existe un proyecto para modificar el artículo 4 de la Constitución Federal. Además, en Europa a nivel legal en Francia el Código Sanitario ya protege la privacidad mental, y en España se aprobó la Carta de los Derechos Digitales. En el caso chileno, son dos instrumentos jurídicos con jerarquías diferentes y objetivos similares, pero con consecuencias jurídicas distintas y fueron denominados «proyectos de neuroderechos» (Cornejo, 2021). Además, en Colombia ya se generó jurisprudencia sobre la inteligencia artificial en la Sentencia N°032 del Juzgado 1º Laboral del Circuito del Consejo Superior de la Judicatura de Cartagena el año 2023.

Al respecto, en Perú el Poder Legislativo el 5 de julio de 2023 aprobó la Ley 31814 que promueve el uso de la inteligencia artificial para el desarrollo económico y social del país, pero no limita su implementación si interfiere con los neuroderechos. Por su parte, el Poder Judicial generó un precedente al usar la inteligencia artificial en la resolución cuatro del Expediente 00052-2022-18-3002-JP-FC-01 del Juzgado Civil Transitorio de San Juan de Miraflores de la Corte Superior de Justicia de Lima Sur el año 2023, sin referirse a los neuroderechos. También, el Poder Ejecutivo por la Presidencia del Consejo de Ministros el 13 septiembre de 2018 publicó el Decreto Legislativo N°1412 que aprobó la Ley de Gobierno Digital para establecer su marco de gobernanza y gestionar la identidad digital, servicios digitales, arquitectura digital, interoperabilidad, seguridad digital y datos, más no para reconocer los derechos de la mente ni regular la neurotecnología omnipresente; lo propio acontece con el Decreto Supremo N°029-2021-PCM que aprobó el Reglamento de esta Ley que se publicó el 19 febrero de 2021.

No obstante, en el Congreso peruano el 16 de octubre de 2023 se presentó el Proyecto de Ley 6147/2023-CR con la denominación Proyecto de ley que incorpora en la investigación científica universitaria, la aplicación de la neurociencia para el desarrollo de la ciencia, innovación y tecnología en la educación superior, con énfasis en el campo del derecho y regula el uso de pruebas neurocientíficas en los procesos legales, iniciativa legislativa que se enfocó en las pruebas neurocientíficas más no en el reconocimiento de los neuroderechos ni en la regulación de las neurotecnologías. Además, el 25 de agosto de 2023 se presentó el Proyecto de Ley 5763/2023-CR con la denominación Ley de reforma constitucional que establece el uso de la inteligencia artificial como uno de los principios de la administración de justicia, iniciativa legislativa que solo pretende la utilización de la inteligencia

artificial en los procesos judiciales más no su regulación ni el reconocimiento de los derechos neuroespecíficos.

Siendo así, la evolución de la inteligencia artificial y neurotecnologías que involucra redes neuronales artificiales, algoritmos genéticos y regresiones lineales no son preocupantes, pero el mal uso que se les pueda dar sí constituye un problema. En efecto, pues la combinación de la neurotecnología omnipresente e inteligencia artificial al viabilizar la explotación extraclínica de los datos cerebrales plantea desafíos para los derechos humanos, ya que exponen a los individuos a la intromisión en los aspectos más íntimos de su vida privada, al riesgo de que pirateen sus datos, a la injerencia en la confidencialidad y a la vigilancia digital. Por eso, en la Revolución Industrial Etapa Cuatro, se evidencia la necesidad de reconceptualizar algunos derechos humanos tradicionales o crear derechos neuroespecíficos como garantía de los neuroderechos emergentes referidos a la libertad cognitiva, a la privacidad mental, a la integridad mental, y a la continuidad psicológica, lo cual es una recomendación de la academia especializada y una preocupación de organismos de derechos humanos.

No obstante, si alguna propuesta implicara la proliferación injustificada de nuevos derechos motivada por la tendencia de calificar como derecho humano todo anhelo que resulta ser ética y moralmente aceptable sería objetable la inflación de derechos. Por ende, en el contexto de la Industria 4.0 debemos evitar el aumento indiscriminado de derechos imponiendo pruebas justificativas para los nuevos derechos humanos específicos. Al respecto, para Philip Alston (1984) un derecho humano propuesto debe ser capaz de lograr gran consenso internacional, manifestar valor social de vital importancia, ser preciso para generar derechos y obligaciones identificables, y ser congruente el derecho internacional de los derechos humanos sin ser repetitivo. Asimismo, según Nickel (2010) debe exigirse para un derecho humano nuevo que sea posible de implementarse en la mayoría de los países, que se refiera a un bien jurídico muy importante como respuesta a una amenaza grave y común a tal bien, y que las cargas impuestas a los destinatarios se justifiquen sin ser mayores de lo requerido.

En efecto, pues el lenguaje de los derechos humanos constituye el idioma común de la crítica social en la vida política global. Además, las regulaciones específicas de esos neuroderechos emergentes se sustenta en la concepción amplia y práctica de ese sistema propuesta por Beitz (2011) quien examinando la historia y la práctica política de los derechos humanos sostiene que estos deben tener el propósito de proteger los intereses urgentes e individuales frente a los peligros probables a los que pueden ser vulnerables en situaciones propias de la vida en el orden mundial contemporáneo de los Estados. Siendo así, los derechos de la mente vinculados a la libertad cognitiva, a la privacidad mental, a la integridad mental, y a la continuidad psicológica, concuerdan con

esa acepción. Más aún si, la relevancia de los derechos humanos es garantizar los requisitos negativos y positivos que se requieran para tener una vida buena en esencia (Fagan, 2015), no solo reactivamente sino preventivamente.

Como fuere, las regulaciones específicas de tales derechos de la mente se sustentan en que históricamente los derechos humanos surgieron como respuestas específicas ante las amenazas reiteradas a los intereses humanos elementales (Nickel, 2010), frente a los riesgos recurrentes contra la dignidad humana (Habermas, 2010), y para lograr lo que se requiere a fin de vivir básicamente bien (Fagan, 2015). Incluso, en el contexto de la actual neurorrevolución con los neurodispositivos emergentes se requiere de manera preventiva que al menos progresivamente en los ámbitos jurídico y político cambien varias de nuestras concepciones éticas y legales. Siendo así, la convencionalización y constitucionalización de los derechos neuroespecíficos vinculados a la libertad cognitiva, a la privacidad mental, a la integridad mental, y a la continuidad psicológica, es el camino a seguir. Sin embargo, a nivel global los debates siempre serán necesarios para probar la solidez regulatoria de las iniciativas para ampliar los derechos humanos que surjan en la Revolución Industrial Etapa Cuatro.

VIII. Reflexiones finales

Las revoluciones industriales históricamente cambiaron casi por completo los sistemas sociales, económicos y políticos, por lo que la Cuarta Revolución Industrial no es distinta en ese aspecto, más aún si las tecnologías que la promueven engloban desde los materiales espaciales y enfoques genómicos hasta la neurotecnología omnipresente e inteligencia artificial. Por eso, el impacto de esta revolución cada vez se hace más notorio, pues esas tecnologías emergentes ya están propiciando externalidades positivas y negativas, por lo que el desafío más relevante que actualmente debemos afrontar es asegurar que se repartan equitativamente en la sociedad las fortalezas y oportunidades, así como las debilidades y amenazas que surgirán sin que podamos evitarlas. Además, cuando lo moderno reemplaza a lo antiguo se generan sensaciones de incertidumbre ante las transformaciones.

En efecto, en general toda innovación siempre tendrá implicancias jurídicas, más aún si en particular la neurotecnología omnipresente e inteligencia artificial se están desarrollando exponencialmente en el contexto de la Cuarta Revolución Industrial. Por eso, cabe recordar que en el mito La caída de Ícaro, Dédalo diseñó aparatos para que el trabajo sea más productivo y menos duro, fue el mejor constructor de Grecia hasta que su sobrino Talos se convirtió en un inventor genial y cegado por su envidia lo asesinó. Por eso, fue expulsado con su hijo Ícaro y se refugiaron en Creta, pero luego de un incidente el rey Minos los encarceló. Dédalo para escapar construyó alas y antes de huir le pidió a su hijo que no volara ni muy cerca del sol ni del mar, pero Ícaro se elevó tanto que el sol derritió la cera que sostenía las plumas y

se precipitó en el mar. Ese fue el desenlace mítico de su soberbia. En el caso de la humanidad esperamos que eso no nos ocurra. Por eso, se requiere la participación de expertos de diversas disciplinas para que el tratamiento de los neuroderechos sea multidisciplinario.

Ante ello, las propuestas sobre los derechos de la mente se sustentan en los conocimientos recientes del cerebro y coadyuvan al ser humano en su autodeterminación y al gobierno limitado (Boire, 2003, p. 10). Además, estamos vivenciando lo que podemos denominar la quinta generación de derechos que supone el reconocimiento de derechos más específicos y complejos que nos favorecerán como especie humana y que se requieren para protegernos ante la irrupción de las nuevas tecnologías de la Industria 4.0, principalmente de las referentes a la neuroevolución cuyas implicancias jurídicas están vinculadas a los neuroderechos emergentes, coyuntura que no es visión del futuro más bien es la realidad del presente. Por eso, los paradigmas jurídicos tradicionales deben coadyuvar a fortalecer los derechos neuroespecíficos vinculados a la libertad cognitiva, a la privacidad mental, a la integridad mental, y a la continuidad psicológica, a nivel convencional y constitucional.

Referencias

- Alston, P. (1984). *Conjuring up new human rights: A proposal for quality control*. American Journal of International Law, 78(3), 607-621.
- Balog, K. (1999). *Conceivability, possibility, and the mind-body problem*. The Philosophical Review, 108 (4): 497-528. DOI: 10.2307/2998286.
- Beitz, C. (2011). *The idea of human rights*. Oxford University Press.
- Boire, R. (2003). *Mind matters*. Journal of Cognitive Liberties, 4(1), 7-10.
- BBC (16 de mayo de 2023). ChatGPT | "Mi peor temor es que causemos un daño significativo al mundo": el testimonio de Sam Altman, creador del chatbot de IA, ante el Congreso de EE.UU. <<https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-65617550>>.
- CNN (01 de mayo de 2023). *Pionero de la inteligencia artificial renuncia a Google para advertir de los "peligros" de la tecnología*. <<https://cnnespanol.cnn.com/2023/05/01/pionero-inteligencia-artificial-google-peligros-tecnologia-trax/>>.
- Dare, J. (marzo, 2022). Rafael Yuste: "Es preciso actuar antes de que sea demasiado tarde". El Correo de la UNESCO. París-Francia. e-ISSN 2220-2315. UNESDOC Biblioteca Digital. <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000380264_spa>.
- Davidson, D. (2001). *Mental events*. Londres: Oxford University Press.
- Deutschland.de (2014). Industria 4.0 en la Feria de Hannover. <<https://www.deutschland.de/es/topic/economia/globalizacion-comercio-mundial/industria-40-en-la-feria-de-hannover>>.
- Chneiweiss, H. (marzo, 2022). *Proteger nuestra materia gris de la codicia*. El Correo de la UNESCO. París-Francia. e-ISSN 2220-2315. UNESDOC Biblioteca Digital. <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000380264_spa>.

- Comité Internacional de Bioética de la UNESCO [CIB] (2021). *Report of the international bioethics committee of UNESCO (IBC) on the ethical issues of neurotechnology*. <<https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000378724>>.
- Cornejo, M. (2021). Neuroderechos en Chile: consagración constitucional y regulación de las neurotecnologías, *Agenda Estado de Derecho*, 2021/12/13. Disponible en: <https://agendaestadodederecho.com/neuroderechos-en-chile-consagracion-constitucional-y-regulacion-de-las-neurotecnologias/>
- Elgueta Rosas, María Francisca & Palma González, Eric Eduardo (2022). *Desarrollo sostenible, cuarta revolución industrial y desafíos de la Educación Jurídica para el siglo XXI*. *Revista de educación y derecho*, N°25. < <https://revistes.ub.edu/index.php/RED/article/view/39419/37647>>.
- Fagan, A. (2015). *Human rights: Between idealism and realism*. *Nordic J Hum Rights*, 33(3), 274-275.
- Fernández, A., Sriraman, N., Gurevitz, B., & Ouiller, O. (2015). *Pervasive neurotechnology: A groundbreaking analysis of 10,000+ patent filings transforming medicine, health, entertainment and business*. SharpBrains.
- González, R. (2021). "Neuroderechos", *prueba neurocientífica y garantía de independencia judicial*. *Derecho & Sociedad*, 57, 1-26. <<https://doi.org/10.18800/dys.202102.007>>.
- Habermas, J. (2010). *The concept of human dignity and the realistic utopia of human rights*. *Metaphilosophy*, 41(4), 464-480.
- Ienca, Marcelo & Andorno, Roberto (2021). *Hacia nuevos derechos humanos en la era de la neurociencia y la neurotecnología*. 141-185. <https://doi.org/10.36446/af.2021.386>
- Jackson, F. (1982). *What Mary didn't know*. *The Journal of Philosophy*, 83 (5): 291-295. DOI: 10.2307/2026143.
- La Vanguardia (01 de mayo de 2023). Científicos de EE.UU. leen la mente analizando la actividad del cerebro con resonancia magnética. Barcelona, España. <<https://www.lavanguardia.com/ciencia/20230501/8935171/posible-leer-pensamiento-analizando-actividad-cerebro-resonancia-magnetica.html>>.
- López-Silva, P., & Madrid, R. (2021). *Sobre la conveniencia de incluir los neuroderechos en la Constitución o en la ley*. *Revista chilena de derecho y tecnología*, 10(1), 53-76. <https://doi.org/10.5354/0719-2584.2021.56317>
- Nickel, J. (2010). *Human rights*. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. <<https://plato.stanford.edu/entries/rights-human/>>.
- Obama, B. (2013). *Carta que dirigida a Amy Gutmann presidenta de la Comisión Presidencial para el Estudio de Asuntos Bioéticos de los Estados Unidos*. Washington, D.C. <<https://bioethicsarchive.georgetown.edu/pcsbi/sites/default/files/news/Charge%20from%20President%20Obama.pdf>>
- Orías, R. (2022). *Los neuroderechos. Una nueva frontera para los derechos humanos*. *Agenda Internacional*, 29(40), 211-227. <https://doi.org/10.18800/agenda.202201.009>
- Organización de las Naciones Unidas para la Educación [UNESCO]. (2022, marzo). *¿Quién teme a la neurociencia?* UNESDOC Biblioteca Digital. https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000380264_spa
- Organización de Estados Americanos (OEAAb) (11 agosto 2021). *Declaración del comité jurídico interamericano sobre neurociencia, neurotecnologías y derechos humanos: nuevos desafíos jurídicos para las américas*. https://www.oas.org/es/sla/cji/docs/CJI-DEC_01_XCIX-O-21.pdf
- Organización de Estados Americanos (OEAA) (8 abril 2021). *Principios actualizados del comité jurídico interamericano sobre la privacidad y la protección de datos personales, con anotaciones*. https://www.oas.org/es/sla/cji/docs/CJI-doc_638-21.pdf

Implicancias jurídicas de la neurotecnología omnipresente e inteligencia artificial en la Cuarta Revolución Industrial: los neuroderechos emergentes

- Presidential Commission for the Study of Bioethical Issues (2014). *Gray Matters. Integrative Approaches for Neuroscience, Ethics and Society*, vol. 1. Bioethics Commission. Priest, Stephen (2000). *The subject in question*. Londres: Routledge.
- Priest, S. (2000). *The subject in question*. Londres: Routledge.
- Schwab, K. (2016). *La cuarta revolución industrial*. Debate, España. <[http://40.70.207.114/documentosV2/La%20cuarta%20revolucion%20industrial-Klaus%20Schwab%20\(1\).pdf](http://40.70.207.114/documentosV2/La%20cuarta%20revolucion%20industrial-Klaus%20Schwab%20(1).pdf)>.
- Tang, J., LeBel, A., Jain, S. & Huth, A. (2023). *Semantic reconstruction of continuous language from non-invasive brain recordings*. *Nat Neurosci* 26, 858–866 (2023). <<https://doi.org/10.1038/s41593-023-01304-9>>.
- Yuste, R. (2019). *Las nuevas neurotecnologías y su impacto en la ciencia, medicina y sociedad*. Vicerrectorado de Cultura y Proyección Social, Universidad de Zaragoza. <<https://zaguan.unizar.es/record/86978/files/BOOK-2020-001.pdf>>
- Reche, N. (2021). *Nuevos derechos frente a la neurotecnología: La experiencia chilena*. *Revista de Derecho Político*, 112, 415-446. Madrid, España. <<https://doi.org/10.5944/rdp.112.2021.32235>>.
- Vasquez, L. E. (2022). *Neuroderechos, Constitución y Neuroética: Aportes de Neuroética al proceso de constitucionalización de los neuroderechos en Chile*. *Anuario de Derechos Humanos*, 18(1), 121-136. <<https://doi.org/10.5354/0718-2279.2022.63604>>.

Notas al final

¹ Doctorando en Derecho y Ciencia Política por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Magister en Administración Estratégica por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magister en Derecho Constitucional por la Universidad Nacional de San Agustín. Magister en Derecho Empresarial por la Universidad Católica de Santa María.

INVESTIGACIONES NACIONALES

Desinterés a las políticas públicas en la praxis de la política criminal: Una mirada objetiva al sistema de justicia en los casos de lavado de activos

Disinterest to public policies in the praxis of criminal policy: An objective look at the justice system in money laundering cases

Roder Corahua Quispe

Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú

<https://orcid.org/0000-0003-0000-9470>

roder.corahua@unmsm.edu.pe

Presentado: 04/05/2023 - Aceptado: 23/12/2023 - Publicación: 30/12/2023

RESUMEN

El objetivo del presente artículo es destacar el desinterés del estado peruano en la aplicación de una política pública criminal en la aplicación de una política criminal, tomando como referencia las normas y políticas aprobadas para la represión de los delitos de lavado de activos. Para ello se analiza el eje de investigación y sanción penal de la Política Nacional contra el Lavado de Activos y el Financiamiento del Terrorismo juntamente con los resultados de las acciones que muestra su instrumento de gestión siendo el Plan Nacional 2018-2021, asimismo en esa misma línea se realizó un análisis del historial normativo del delito de lavado de activos. Se utilizó el método mixto con un enfoque socio jurídico, los resultados son fueron obtenidos con instrumentos de recolección de datos como el análisis documental, observación de la realidad social y la estadística descriptiva.

Palabras Claves: Política Nacional contra el Lavado de Activos y el Financiamiento del Terrorismo, Plan Nacional contra el Lavado de Activos y el Financiamiento del Terrorismo, Política Criminal, Lavado de Activos y Planeamiento Estratégico.

ABSTRACT

The objective of this article is to describe the disinterest in public policies on the part of the Peruvian state in the application of a criminal policy, taking as a reference the norms and policies approved for the repression of money laundering crimes. For this, an analysis was carried out of the axis of investigation and criminal sanction of the National Policy against Money Laundering and the Financing of Terrorism, together with the results of the actions shown by its management instrument, being the National Plan 2018-2021, based on In the same line, an analysis of the regulatory history of the crime of money laundering was carried out. The mixed method was obtained with a socio-legal approach, the results were obtained with data collection instruments such as documentary analysis, observation of social reality and descriptive statistics.

Keywords: National Policy against Money Laundering and the Financing of Terrorism, National Plan against Money Laundering and the Financing of Terrorism, Criminal Policy, Money Laundering and Strategic Planning.

1. Introducción

El fenómeno delictivo de Lavado de Activos durante la historia de su criminalización, que inicia con la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas - Convención de Viena de 1988, como el primer instrumento normativo internacional, ha sido trabajado y estudiado inicialmente desde su aspecto criminal, es decir, estudios exclusivamente enfocados en las líneas propiamente del derecho penal, ya posteriormente, a presión de las 40 recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional – GAFI, varios países consideraron y trabajaron desde su aspecto socioeconómico a través de las políticas públicas elaboradas por parte de cada estado.

En el caso del Perú, respecto a la represión penal del lavado de activos, existe un gran avance en la doctrina y en la jurisprudencia a nivel nacional para un mejor alcance e interpretación del Decreto Legislativo N° 1106, y su modificatoria mediante el Decreto Legislativo N° 1249; y, con respecto a las políticas estatales, actualmente se cuenta con una Política Nacional contra el Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo [en adelante Política Nacional], como la primera política pública en la lucha contra este delito totalmente complejo, manejo y gestionado por la Comisión Ejecutiva Multisectorial contra el Lavado de Activos y el Financiamiento del Terrorismo – CONTRALAFT.

Así mismo se aprobó el Plan Nacional contra el Lavado de Activos y el Financiamiento del Terrorismo [en adelante Plan Nacional], como su instrumento de gestión con un prospecto a corto plazo desde el 2018 al 2021, enmarcando objetivos específicos en los diferentes ejes de prevención,

detección, investigación y sanción; así mismo estableció acciones, indicadores, medios de verificación, líneas de base, metas, entidades responsables y unidad orgánica responsable todo ello con el periodo descrito a cumplir.

En ese sentido, en este proceso de lucha contra el lavado de activos, desde la represión penal y las políticas públicas, debe desarrollarse como un trabajo articulado y coordinado, pues eso es lo que se muestra teóricamente, considerando que las instituciones públicas inmersas en la investigación y sanción de estos delitos se encuentran como entidades responsables dentro del Plan Nacional; entonces ya culminado su periodo de trabajo, nos formulamos las siguientes preguntas y objetivos:

- ¿Qué acciones descritas en el eje de investigación y sanción del Plan Nacional se cumplieron según las metas establecidas?
- ¿Cuál es la importancia de un nuevo método de gestión bajo los parámetros de las políticas públicas en la lucha contra el lavado de activos?
- Describir qué acciones descritas en el eje de investigación y sanción del Plan Nacional se cumplieron en su totalidad.
- Determinar la importancia de un nuevo método de gestión bajo los parámetros de las políticas públicas en la lucha contra el lavado de activos.

2. Metodología

El método de investigación que se utiliza es de tipo socio jurídico, de nivel descriptivo y explicativo, con un enfoque mixto o total, pues el problema que se aborda parte de los resultados estadísticos de las sentencias condenatorias por delitos de lavado de activos en el sistema de justicia penal peruano durante la vigencia del Plan Nacional, en consecuencia, también se realiza un análisis documental de las normativas penales y políticas públicas en materia de este fenómeno delictivo.

3. El lavado de activos desde el ámbito de la política criminal

El autor Raúl Pariona Arana en su libro el Derecho Penal Parte General, que traduce la obra de Johannes Wessels del alemán al español, este último indica que la política criminal, debe ser entendida como un trabajo riguroso, analítico y cuidadoso en establecer cuando una conducta humana debe ser considerada como un delito, todo ello en mérito a sus efectos dañosos que puede ocasionar a la sociedad, pues debe ser una medida justa, ya que recibirá el castigo punitivo del Estado (2018, pág. 15).

El delito de lavado de activos en el Perú tuvo tres momentos normativos cada uno con sus diferentes modificatorias internas, el primer momento se desarrolla con el Decreto Legislativo N° 736, de fecha 12 de noviembre del 1991, que incorporó dicho delito con la denominación de delito de lavado de dinero en los artículos 296-A y 296-B del Código Penal de 1991, y esta recibió diversos cambios con las siguientes normas:

- En fecha 10 de febrero de 1992 mediante la Ley N° 25399 se derogó el Decreto Legislativo N° 736.
- En fecha 26 de febrero de 1992 mediante la Ley N° 25404 se sustituyó el artículo 195° del Código Penal, haciendo referencia a la pena privativa de la libertad en casos de comercio de objetos provenientes de acciones delictuosas o de bienes provenientes de delitos de tráfico ilícitos de drogas o terrorismo.
- En fecha 11 de abril de 1992 mediante el Decreto Ley N° 25428 se incorporó nuevamente el delito de lavado de activos al Código Penal en sus artículos 296-A y 296-B y se derogó la Ley N° 25404.
- En fecha 21 de agosto de 1993 mediante la Ley N° 26223 se modificó el artículo 296-B y 297 al Código Penal, este último relacionado a la aplicación de la pena de cadena perpetua en el delito de tráfico ilícito de drogas o de narcoterrorismo, asimismo, se incorporó el artículo 296-C a la normativa sustantiva señalada.
- En fecha 17 de diciembre de 1999 mediante la Ley N° 27225 se adicionó un último párrafo en los artículos 296-B y 402 del Código Penal, relacionados a la condición del agente de la comisión del delito de lavado de activos.

El segundo momento normativo se dio con una ley penal especial, esta es la Ley Penal contra el Lavado de Activos regulado en la Ley N° 27765 del 27 de junio del 2002, que derogó los artículos 296-A y 296-B que fueron incorporados al Código Penal mediante el Decreto Ley N° 25428, asimismo, dicha ley fue modificada internamente con las siguientes normas:

- En fecha 06 de octubre de 2004 mediante la Ley N° 28355 se modificó los artículos 3° y 7° de la Ley N° 27765, relacionados al último párrafo de las formas agravadas y sobre la prohibición de beneficios penitenciarios.
- En fecha 16 de enero de 2007 mediante la Ley N° 28950 se modificó el artículo 6° de la Ley N° 27765, señalando que el delito de trata de personas y el delito de tráfico ilícito de migrantes se incluyen a la lista de los delitos fuentes.

- En fecha 22 de julio de 2007 mediante el Decreto Legislativo N° 986 se modificó los artículos 1°, 2°, 3°, 4°, 5° y 6° de la Ley N° 27765, teniendo como novedad la inclusión de la figura del autolavado.

Por último, como tercer momento normativo figura en fecha 09 de abril del 2012 con la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 1106, derogando la Ley N° 27765 con sus modificaciones, y esta normativa vigente regula la lucha eficaz con el lavado de activos y otros delitos relacionados a la minería ilegal y crimen organizado, y así como las demás normativas, también sufrió modificaciones internas a través de las siguientes normas:

- En fecha 26 de noviembre de 2016 mediante el Decreto Legislativo N° 1249 se dicta medidas para fortalecer la prevención, detección y sanción del lavado de activos y el terrorismo, y en consecuencia modifica los artículos 2°, 3° y 10 del Decreto Legislativo N° 1106, relacionados a los actos o acciones del agente delictivo y sobre la autonomía del delito y prueba indiciaria.
- En fecha 07 de enero de 2017 mediante el Decreto Legislativo N° 1352 se derogó el artículo 8° del Decreto Legislativo N° 1106, relacionado a las consecuencias accesorias aplicables a personas jurídicas.
- En fecha 29 de julio de 2018 mediante el Decreto Legislativo N° 1367 se modificó los artículos 1°, 2° y 3° del Decreto Legislativo N° 1106, relacionado a la inclusión de la pena de inhabilitación en las tres etapas o modalidades del lavado de activos.
- En fecha 28 de abril de 2021 mediante la Ley N° 31178 se modificó los artículos 1°, 2°, 3° y 4° del Decreto Legislativo N° 1106, estableciéndose el periodo en las penas de inhabilitación en las tres etapas o modalidades del lavado de activos y en su agravante.

Una vez precisado cada momento normativo, debemos señalar que la vigente normativa penal de este delito complejo establece en su quinto y sexto párrafo de su preámbulo lo siguiente:

*Que, la legislación actual sobre el lavado de activos requiere innegablemente perfeccionarse tanto en términos de tipicidad como de procedimiento, el cual debe caracterizarse **por contener reglas que faciliten y viabilicen la efectiva persecución penal y eventual sanción** de los responsables de estos delitos. Que, es necesario que el Estado cuente con los **instrumentos legales que coadyuven a la lucha contra la criminalidad en sus diversas formas**, dentro de la cual se insertan, con particular incidencia, las actividades de minería ilegal, lo que justifica indiscutiblemente establecer una nueva*

normatividad sustantiva y procesal para la lucha contra el delito de lavado de activos y otros delitos vinculados a la minería ilegal o al crimen organizado (2012, 18 de abril, pág. 01).

Entonces, ante la complejidad de este delito, por su naturaleza que mantiene tres etapas, siendo el primero la colocación de los bienes o dineros en efectivo, la segunda consiste en la estratificación, decantación, fraccionamiento, diversificación, o transformación y la tercera consiste en inversión, integración, reutilización; o goce de los capitales ilícitos; por ende, lo que busca el estado es una lucha inicial, desde la prevención, detección y sanción, es por ello, que no solo se trabaja desde el derecho penal sino también desde las políticas públicas, como se muestra en el siguiente punto.

4. El lavado de activos desde el ámbito de la políticas públicas

El Estado Peruano en fecha 01 de julio del 2011, mediante el Decreto Supremo N° 057-2011-PCM, aprobó el Plan Nacional de Lucha contra el Lavado de Activos y el Financiamiento del Terrorismo, como un *experimento político social* en la lucha contra este delito complejo, así mismo con la misma normativa se creó la Comisión Ejecutiva Multisectorial contra el Lavado de Activos y Financiamiento de Terrorismo – CONTRALAFT, como ente de cumplimiento a los objetivos trazados del mencionado Plan Nacional.

La evaluación de riesgos nacional debe ser una actividad recurrente, no un ejercicio de una sola vez, con la finalidad de garantizar que el sistema siga siendo sólido; por ello es recomendable que en gran medida se presenten informes para coadyuvar el proceso de diagnóstico que ayude a una mejor elaboración de políticas públicas en la lucha contra cualquier fenómeno criminal (Ferwerda & Reuter, 2018, pág. 19).

De ese modo en el año 2014, la CONTRALAFT dentro de su función principal, consideró e identificó la necesidad y urgencia de diseñar una Política de Estado con la finalidad de conseguir resultados eficaces en la lucha contra el Lavado de Activos y el Financiamiento del Terrorismo; por lo que considero importante la participación de las entidades del sector público y privado, y en consecuencia se prosiguió a cumplir con las etapas de identificación y recojo de información, elaboración de una propuesta preliminar, formulación de la propuesta final y por último su presentación y aprobación de la propuesta final. Tras el cumplimiento de las etapas del proceso de elaboración de la política nacional, en fecha 16 de marzo del 2017 se desarrolló el Acuerdo N° 5-2017-CONTRALAFT con el fin de presentar la propuesta final proyectado, la misma que fue aprobada de manera unánime, y, en consecuencia, mediante Decreto Supremo N° 018-2017-JUS, de fecha 15 de setiembre del 2017 se aprobó y publicó en el diario oficial “El Peruano”.

La CONTRALAFI en la misma política nacional destaca la asistencia técnica de la Cooperación Alemana implementada por GIZ y los aportes metodológicos del Centro de Planeamiento Estratégico – CEPLAN, para conseguir el producto final del trabajo realizado; es muy importante resaltar este aspecto, porque las dos instituciones mencionadas fueron muy relevantes en la elaboración y aplicación de política nacional, especialmente se debe tomar muy en cuenta el funcionamiento del Sistema Nacional de Planeamiento Estratégico en el Perú, tema que será abordado más adelante.

Ahora bien, el objetivo general de esta política nacional consiste en:

*“Prevenir, detectar, **investigar y sancionar de manera eficiente, eficaz y articulada** el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo para contribuir a la estabilidad económica, política y social en el Perú”* (CONTRALAFI, Web Principal de la SBS , 2018, pág. 20).

Este objetivo es trabajado bajo cuatro ejes, siendo tres estratégicos (prevención, detección, investigación y sanción) y un eje transversal (articulación); de los cuatros ejes mencionados, cada uno establece un objetivo específico, una meta, las entidades responsables, lineamientos y sus estándares.

En consecuencia, se implementó un instrumento de gestión para el manejo de los objetivos establecidos en la política nacional, es por ello que en su artículo único de la Disposición Complementara Final del Decreto Supremo N° 018-2017-JUS, establece un plazo de noventa días, a propuesta de la CONTRALAFI para la aprobación de un plan nacional, tal es así que mediante el Decreto Supremo N° 003-2018, de fecha 11 de marzo del 2018 se aprobó el Plan Nacional contra el Lavado de Activos y el Financiamiento del Terrorismo 2018 – 2021.

En este documento de gestión, al ser el eje de cumplimiento del objetivo general establecido en la política nacional, a través de los cuatros ejes descritos, abordó detalladamente en el eje de prevención cuatro objetivos específicos y veinte acciones, en el eje de detección estableció tres objetivos específicos con nueve acciones, en el eje de investigación y sanción estableció cuatro objetivos específicos con catorce acciones, y por último en el eje de articulación estableció cinco objetivos específicos con quince acciones.

En el presente artículo al solo abordar este tema desde el aspecto del sistema de justicia, se considera, la importancia de resaltar los objetivos específicos y acciones establecidas en el eje estratégico de investigación y sanción, considerando además que las entidades responsables dentro de dicho eje son el Ministerio Público, Policía Nacional, Poder Judicial y el Ministerio de

Justicia y Derechos Humanos, en ese sentido, se describe los cuatro objetivos específicos con sus respectivas acciones estratégicas:

- **OE1:** Optimizar el trabajo de las autoridades de investigación y sanción penal competentes para conocer los casos LA/FT:
 - o Fortalecer la estructura organizacional y de gestión del capital humano LA/FT de la PNP mediante la especialización de sus efectivos,
 - o Fortalecimiento de las fiscalías especializadas en LA/FT a nivel nacional,
 - o Fortalecer la gestión de capital humano del PJ, considerando su especialización en materia de LA/FT y mejorando condiciones de seguridad y capacitación,
 - o Aprobar un instrumento conjunto entre el MP y el PJ que permita remitir a los órganos jurisdiccionales los documentos sustentatorios de los requerimientos fiscales en formato digital,
 - o Reordenar la estructura organizativa del PJ y del MP para que, en función de la carga procesal soportada, se creen juzgados o fiscalías especializadas en LA y PD (perdida de dominio), o convertir las existentes para destinarlas a conocer de manera exclusiva el ilícito de LA y PD,
 - o Poner en vigencia a nivel nacional el Nuevo Código Procesal Penal para los casos de LA/FT
- **OE2:** Garantizar la recuperación de activos:
 - o Agilizar el proceso de inscripción de las medidas de incautación y decomiso en los registros públicos como resultado de procesos LA/FT, considerando la posibilidad de usar medios tecnológicos,
 - o Fortalecer los medios tecnológicos y la estructura organizacional y de gestión de capital humano de la PLAPD (procuraduría pública de LA/PD) y la PEDET, considerando el aumento de la dotación del personal, reduciendo su rotación, incrementado su capacitación,

- o Asignar a la PLAPD la competencia para conocer todos los casos de LA, independientemente del tipo de delito precedente que genere los rendimientos ilícitos, asegurando la dotación de personal y presupuesto y las condiciones de seguridad necesarias para su cumplimiento
- **OE3:** Procurar una adecuada administración, ejecución y distribución de la reparación civil y de los activos recuperados:
 - o Proponer e impulsar ante el Congreso de la República la modificación del Decreto Legislativo N° 1104 y su desarrollo reglamentario, para optimizar la aplicación de la pérdida de dominio, así como para mejorar la administración y distribución de los activos incautados, decomisados y los declarados en pérdida de dominio,
 - o Aprobación de Decreto Supremo que regule la reparación civil, a fin de asegurar su distribución entre las distintas autoridades competentes.
- **OE4:** Optimizar la cooperación internacional frente al LA/FT para potenciar el trabajo en los ámbitos policial, fiscal y judicial:
 - o Fortalecer la participación del MP en las redes regionales de fiscalías para mejorar la cooperación jurídica internacional en materia LA/FT,
 - o Elaborar estudios o diagnósticos sobre el fenómeno criminal del LA/FT en el país (CONTRALAFI, Web Principal de la SBS, 2018, págs. 77-84).

Así mismo, se debe precisar que las facultades otorgadas a la CONTRALFT, una de ellas es el seguimiento y monitoreo del Plan Nacional, para ello a través de su secretaria técnica debía emitir un informe técnico anual sobre los avances del mencionado plan, claro está, a partir de la información recabada de las entidades responsables.

5. La importancia del Sistema Nacional de Planeamiento Estratégico - SINAPLAN

Las políticas públicas con trabajos sectoriales y regionales, se inicia en el Perú en el año 1962 donde trabaja con el Decreto Ley N° 14220, que crea el Sistema Nacional de Planificación del Desarrollo Económico y Social y a su vez el Instituto Nacional de Planificación; posteriormente se desactiva por el Decreto Ley N° 25548 [en el gobierno de Alberto Fujimori] y desarticula su ente de cumplimiento que en ese entonces era el Instituto Nacional de

Planificación. Es a partir del 25 de mayo del 2005, se tiene otro panorama de las políticas públicas y Estado considera y presta mayor atención a la importancia de estos, a través de lo estratégico, es por ello que mediante la Ley N° 28522 se crea el Sistema Nacional de Planeamiento Estratégico y el Centro de Planeamiento Estratégico – CEPLAN como su ente rector, al ser la primera normativa en la naturaleza estratégica, se modifica en fecha 28 de junio del 2008 mediante el Decreto Legislativo N° 1088.

La importancia de todo este proceso que se realizó en el Perú fue porque todos los estados modernos al establecerse objetivos y metas claras deben lograrlo a través de dos mecanismos importantes: a) un análisis, debate, diseño y aprobación de políticas públicas y b) el planeamiento estratégico. Ahora bien, debemos considerar que el Planeamiento Estratégico es un proceso dinámico y continuo en conseguir un futuro que se desea en un país en el marco económico y social de manera integral, contando con los medios necesarios para lograrlo, de ese modo tener una organización focalizada e inclusive con los recursos que sean escasos, pues se busca prospectiva articulada a largo plazo, y no solo pensar que, con la sola elaboración de un plan, ya se está cumpliendo con este proceso (Saldaña Pacheco, Rodríguez Ascue, & Rodríguez Cairo, 2020, pág. 105).

Una vez implementada el Sistema Nacional de Planeamiento Estratégico en el Perú, y teniendo al Centro de Planeamiento Estratégico – CEPLAN como su ente técnico especializado adscrito a la Presidencia del Consejo de ministros con su función de ejercer rectoría y orientación en este sistema, estableció guías o parámetros para seguir el adecuado desarrollo estratégico, a ello aprobó la Directiva General N° 01-2014-CEPLAN.

Dentro de la Directiva se destacan el proceso de Planeamiento Estratégico, de la siguiente manera:

- Fase de Análisis Prospectivo, lo que se busca es dar definiciones del sector enmarcado y a la vez el estudio de escenarios futuros, los riesgos que se presentan y las oportunidades, un ejemplo a ello algunas instituciones se guían bajo un análisis FODA (fortaleza, oportunidades, debilidades y amenazas).
- Fase Estratégica, en esta fase se enmarca en los objetivos y las acciones que se van a tomar con respecto a ello,
- Fase Institucional, en esta fase es abordada desde el factor institucional, se detallan las rutas estratégicas, indicadores y metas.
- Fase de Seguimiento, es el control del cumplimiento de los objetivos trazados en los planes estratégicos (CEPLAN, 2015, pág. 23).

Pormenorizar que la Directiva actual es la Directiva N° 001-2017-CEPLAN/PCD, aprobada por la Resolución de Presidencia de Consejo Directivo N° 026-2017/CEPLAN/PCD, de fecha 02 de mayo del 2017, Directiva que actualiza el Plan Estratégico de Desarrollo Nacional, por consiguientes se deroga la anterior directiva; es en manejo al Política de Estado que esta propuesta a miras al 2030, con un proceso de largo plazo.

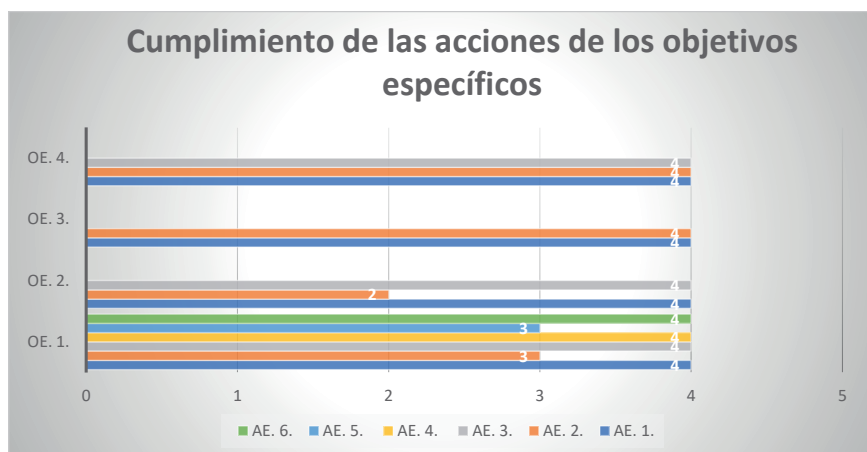
6. Resultados

En respuesta a la primera pregunta formulada en la introducción, debemos recurrir a la pagina oficial de la CONTRALAFI, específicamente en la opción de Monitoreo del Plan Nacional, que muestra el Informe de Cumplimiento del Plan Nacional contra el LA/FT 2018-2021 y la Política Nacional contra el LA/FT, que aborda los resultados de las acciones del eje de investigación y sanción del Plan Nacional hasta el mes de mayo del 2021, donde informa lo siguiente:

“Teniendo en cuenta el nivel de cumplimiento de los cuatro (4) OE del Plan Nacional (dos cumplidos y dos mayoritariamente cumplidos), este objetivo de la Política Nacional se ha cumplido mayoritariamente. Como agenda pendiente corresponde reforzar la FISLAA con la creación de fiscalías especializadas en LA y a la Procuraduría de LA con la dotación de personal y creación de procuradurías descentralizadas, así como continuar con las acciones ya emprendidas para garantizar una investigación y sanción eficaz de los casos de LA y FT” (CONTRALAFI C. E., 2021, pág. 70).

En el siguiente cuadro, establece el cumplimiento de las catorce acciones estratégicas establecidas para el eje de investigación y sanción:

Figura 1.
Cumplimiento de las acciones de los objetivos específicos.



Fuente: Elaboración propia en revisión del Informe de Cumplimiento.

Los avances de las acciones descritas se miden por cuatro categorías, siendo las siguientes: Acción pendiente, Acción parcialmente cumplida, Acción mayoritariamente cumplida, Acción cumplida. En el cuadro anterior se identifica a dichas categorías con los números establecidos, es decir, que el número 1 = Acción pendiente, número 2 = Acción parcialmente cumplida, número 3 = Acción mayoritariamente cumplida, y el número 4 = Acción cumplida; entonces, se llega a la conclusión que de las catorce acciones establecidas en el eje de investigación y sanción del Plan Nacional, once (11) acciones fueron cumplidas, dos (02) acciones fueron mayoritariamente cumplidas, y una (01) acción fue parcialmente cumplida.

Ahora bien, dentro del margen de investigar y sancionar los casos de LA por parte de las entidades públicas que se encuentran dentro del sistema de justicia, el cumplimiento de sus tareas se ven plasmados en las sentencias condenatorias por el delito de lavado de activos a personas naturales o jurídicas, considerando que se evidenció una cifra elevada de riesgos tal como se describió en los párrafos anteriores, por ello, se tiene los dos informes emitidos y publicados por la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (SBS) del Perú en su página oficial web, siendo el primero “I Informe de Sentencias de Lavado de Activos en el Perú – Análisis de Sentencias Condenatorias Firmes 2012-2018”, y el segundo “II Informe de Sentencias de Lavado de Activos en el Perú – Análisis de Sentencias Condenatorias Firmes 2012-2019”.

Con respecto a dichos informes, se tiene el número de sentencias condenatorias desde el 2012 al 2019, que se visualiza en el siguiente cuadro:

Figura 2.
Número de sentencias condenatorias por cada año.



Fuente: Elaboración propia en revisión del “II Informe de Sentencias de Lavado de Activos en el Perú – Análisis de Sentencias Condenatorias Firmes 2012-2019.”

En el “II Informe de Sentencias de Lavado de Activos en el Perú – Análisis de Sentencias Condenatorias Firmes 2012-2019”, en sus dos conclusiones refiere lo siguiente:

- El presente informe complementa el anterior (2012-2018), del 24 de septiembre de 2020, y presenta resultados actualizados a diciembre de 2019. Asimismo, a diferencia del informe anterior, incluye información del periodo 2012-2019 sobre el perfil de los condenados (pena, nacionalidad, género, edad, nivel de instrucción y ocupación), los indicios de LA identificados y los activos decomisados
- En el periodo 2012 - 2019 se dictó en el Perú 126 sentencias condenatorias firmes de LA, registrándose la mayor cantidad en los dos últimos años (32 sentencias, 25.4%; y, 26 sentencias, 20.6%); y, si se comparan estos años, se advierte que en el 2019 se registró 6 sentencias menos a las emitidas en el 2018. Asimismo, estas sentencias, por su vinculación, conforman 99 casos: 72 sobre conversión, transferencia, ocultamiento y/o tenencia (96 sentencias) y 27 sobre transporte de dinero en efectivo de origen ilícito (30 sentencias) donde no se logró blanquear materialmente el dinero transportado. Se registra, con relación a los casos reportados en el informe anterior (74), un aumento de 25: 17 casos más sobre conversión, transferencia, ocultamiento y/o tenencia (55 se reportaron al 2018) y 8 más sobre transporte de dinero en efectivo de origen ilícito (19 se reportaron al 2018) (Superintendencia de Banca S. y., 2021, pág. 77).

Estas dos estadísticas son determinantes para la discusión dentro de un proceso de lucha contra el lavado de activos desde el enfoque del sistema de justicia.

Con respecto a la segunda pregunta formulada en la introducción del presente artículo, es importante destacar lo mencionado por la misma CONTRALAFI, en su tercera y cuarta conclusión de su informe de cumplimiento, que textualmente dice:

“No obstante los resultados alcanzados, aún queda pendiente reforzar, entre otros aspectos: i) el marco normativo de prevención LA/FT para controlar las actividades que posibilitan el LA/FT, (ii) las actividades dirigidas a garantizar la eficacia del sistema de prevención LA/FT; iii) la detección de actividades vinculadas al LA/FT en zonas de frontera, a través de un diagnóstico, plan conjunto de control y mayor participación fiscal; iv) crear fiscalías especializadas en LA y dotar de personal a la Procuraduría de LA y crear procuradurías descentralizadas; y; v) seguir propiciando

el trabajo articulado entre todos los actores del sistema nacional contra el LA/FT y la participación de la ciudadanía en la lucha contra el LA/FT. Estos temas deberán ser evaluados en el marco de la elaboración de las próximas políticas públicas.

El presente informe evidencia que las actividades desarrolladas enfocan más su atención en combatir el delito de LA que el FT; por lo que, resulta oportuna la decisión recientemente adoptada por el Pleno de la CONTRALAFI de realizar una Política Nacional contra el FT y una Política contra el LA, de modo que se combatan de manera diferenciada ambos fenómenos delictivos" (CONTRALAFI C. E., 2021, pág. 66).

Entonces, lo que se muestra, es que la CONTRALAFI tendría que realizar una nueva evaluación de riesgos de lavado de activos, para ver que cuestiones deben ser trabajadas con nuevas políticas públicas, la misma que fue desarrollada como se muestra en el Informe de Evaluación Nacional de Riesgos de Lavado de Activos 2021 elaborado por la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (SBS) del Perú.

Este informe reafirma el diagnóstico descrito en la Política Nacional con respecto a los riesgos y a la vez presenta un esquema de geográfico de los departamentos del Perú, y se les clasifica por el nivel de riesgo que presentan, por los delitos fuentes que se generan en cada región (Superintendencia de Banca S. y., 2021, pág. 05).

Precisado, tales puntos, claro que es muy importante abordar nuevas políticas públicas, o diferentes mecanismos de manejo para la lucha contra el lavado de activos, considerando que la política nacional, es un base muy elaborado, pero que necesita un instrumento de gestión diferente, este punto se discute en el siguiente apartado.

7. Discusión de los resultados

Primeramente, debemos tener en claro, que la Política Nacional al establecer tres ejes estratégicos [prevención, detección, e investigación y sanción], es porque busca una secuencia correlativa para contrarrestar este fenómeno criminal, y así consolidar un Sistema Nacional de lucha contra el Lavado de Activos y el Financiamiento del Terrorismo, por eso cada eje cuenta con un objetivo que se debe cumplir a cabalidad.

En ese sentido, consideramos la importancia de cada eje estratégico como también el eje de articulación, pero también consideramos, que cada eje debe ser abordado por las acciones y entidades responsables que se enmarca en cada una, y por la complejidad que muestra la naturaleza del lavado de activos, en este trabajo, consideramos que el estudio y análisis al

eje de investigación y sanción es relevante, porque es la que mas enlaza con el mecanismo del derecho penal a través de la política criminal.

En esa misma línea, para combatir con este delito, debemos conocer que el paso del flujo ilegal al flujo legal de capitales es el único momento en el que se hacen visibles los valores patrimoniales delictivos, mientras que una vez que se ha producido dicho trasvase con éxito, la identificación del capital y de su origen ilegal es cada vez más difícil (Reátegui Lozano, 2020, pág. 147).

Los resultados estadísticos de las sentencias condenatorias firmes por el delito de lavado de activos emitidas por los magistrados del Poder Judicial son muy deficientes, porque analizando los riesgos, las amenazas y vulnerabilidades que la misma Política Nacional presentaba, y teniendo una observación a la realidad de los delitos fuentes (como el alto índice de la minería ilegal en el departamento de Madre de Dios), se tendría a nivel nacional un número mayor de sentencias condenatorias por este delito.

Este delito, ha sido trabajado arduamente desde la dogmática y jurisprudencialmente, e inclusive desde la prevención y detección, a mando de la Unidad de Inteligencia Financiera con los famosos “sujetos obligados”, que tienen la obligación de reportar operaciones sospechosas, descuidándose de las políticas públicas, que consideramos, que tiene que ser muy trabajada en toda política criminal.

En ello compartimos la idea de Franz Von Liszt que contribuyo en las ciencias penales sobre el papel epistémico de la política criminal, citado por el catedrático español en derecho penal José Luís Díez Ripollés, donde expresó lo siguiente:

*“La transformación de los factores sociales generadores del delito motiva que atribuya a la política criminal un lugar subordinado frente a la política social en la lucha contra el delito, porque al fin y al cabo, la política criminal solo está en condiciones de desactivar o reducir los efectos que esos factores sociales han producido sobre delinquentes individuales; entonces las intervenciones verdaderamente transformadoras, aquellas que inciden derechamente sobre las fuentes sociales del delito, y que tienen repercusiones sobre el conjunto de la población, están fuera de su alcance, como se encarga de repetir; en conclusión la política social, las políticas públicas, diríamos ahora, la verdaderamente decisiva, y que la política criminal debe limitarse a intervenir sobre delinquentes individuales mediante la pena y la medida, aun sabiendo que su eficacia es limitada en el control de la delincuencia, **pero ello no ha de impedir que la política criminal se coordine con la más prometedora y ambiciosa política social**” (Díez Ripollés, 2018, pág. 29).*

Entonces, antes de legislar el delito de lavado de activos mediante el Decreto Legislativo N° 1106, se debió prever y verificar si las entidades que se encuentran dentro del sistema de justicia, están debidamente capacitados e implementados para cumplir con sus funciones enmendadas, por la complejidad de investigar y sancionar este delito, y que dicha normativa penal quede como un producto de la presión de las recomendaciones del GAFI, y claro como el estado peruano, actúa de manera diferencial, recién en el 2018 se puso en trabajar dichas cuestiones con las políticas públicas, mostrando una descoordinación con la política criminal.

Ahora bien, otro tema que es muy importante resaltar, es que el periodo del Plan Nacional culminó en el año 2021, y solamente la CONTRALAFI publicó en su página web oficial un solo Informe de Cumplimiento, siendo el único emitido por esta entidad encargada del seguimiento y monitoreo del Plan Nacional, la cual ya se aprecia el primer retroceso en ese aspecto, porque claramente no solo por normativa (que lo establece en el artículo 4° del Decreto Supremo N° 003-2018) del sino por concepto de toda política pública la CONTRALAFI debía emitir a través de su Secretaria Técnica un informe técnico anual sobre el cumplimiento de las acciones establecidas, considerando que sus aportes metodológicos fueron del CEPLAN.

Por lo que, podemos decir que la Política Nacional no fue muy trabajada con su instrumento de gestión en su periodo establecido, y que a la presente fecha la CONTRALAFI no ha establecido una política pública, que si bien evalúa separar estos dos fenómenos delictivos como el lavado de activos con el financiamiento del terrorismo, también debe analizar y trabajar bajo las directrices que plantea el Sistema Nacional de Planeamiento Estratégico, porque ya teniendo una nueva evaluación de riesgos, nosotros afirmamos que la Política Nacional debe ser abordada con PLANES REGIONALES, por la realidad social y económica que vive cada departamento (cada delito fuente se presenta diferente en cada región, por ejemplo en Juliaca los delitos tributarios, en Madre de Dios los delitos ambientales y así sucesivamente), y además a un mediano plazo ni a un corto plazo por un trabajo bien elaborado, y que la CONTRALAFI muestre más interés en sus funciones de seguimiento y monitoreo, y tenga oficinas descentralizadas para una mayor eficacia y eficiencia en esa función.

Si bien, el Sistema Nacional de Planeamiento Estratégico en el Perú es nuevo, no quiere decir que no tenga una esquema muy elaborado, por ello toda política criminal debe guiarse por la política de estado más no de políticas de gobierno (un grave error que se muestra en nuestro país), asimismo no debemos considerar al derecho penal como una disciplina individual, sino en una disciplina que necesita ayuda con otras disciplinas, por la modernización de una sociedad, que se ve reflejada en nuevos delitos totalmente complejos.

8. Conclusiones

- La política criminal por ninguna razón debe alejarse de las políticas públicas, porque para su aplicación en esta sociedad moderna en represión de delitos complejos como el lavado de activos debe tener un panorama muy amplio de la realidad social que muestra el país.
- Se ha demostrado que el Plan Nacional al ser un instrumento de gestión que abarca todo territorio nacional, no solo no ha llegado a cumplir con sus acciones y metas establecidas para el periodo 2018 – 2021, sino que se dio una deficiente labor de seguimiento y monitorio por parte de la CONTRALAFI, y además se muestra el poco interés por parte de las entidades públicas que se encuentran dentro de los ejes estratégicos, en consecuencia es muy importante utilizar otro instrumento de gestión para cumplir con los objetivos dados por la Política Nacional.
- La CONTRALAFI al elaborar la Política Nacional señala que utilizó los aportes metodológicos del CEPLAN, tal como lo indica en su aspecto de formulación de propuesta final, pero no se resalta estos aportes en el Plan Nacional [instrumento de gestión] pues al tomar en cuenta la evaluación nacional de riesgos y la evaluación sectoriales de riesgos LA/FT en los ámbitos minero y pesquero, no consideró estratégicamente los aportes del CEPLAN, porque el Plan Nacional es de corto plazo, es a nivel nacional y su seguimiento y verificación es cada año, porque debió considerar el panorama de la realidad social que presentaba en ese entonces el Perú, pues de la revisión de los documentos de evaluación de riesgos, demuestra que cada departamento tenía diferentes realidades en relación a los riesgos de lavado de activos.
- La política criminal abordada en el fenómeno criminal del lavado de activos presenta un gran avance para las ciencias penales, y en consecuencia, su procesamiento penal, pero no solo basta con la política criminal para contrarrestar este delito complejo, tal como se ha demostrado, es importante la conexión que debe tener con las políticas públicas en todo sentido, por eso por ninguna razón se debe dejar a cargo del derecho penal a fin de que solucione estos nuevos métodos de criminalidad con efectos socioeconómicos, pues necesita de ciencias auxiliares, especialmente de una política de estado y no una política de gobierno.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CEPLAN, C. d. (Enero de 2015). *CEPLAN WEB*. Obtenido de CEPLAN WEB: <http://www.une.edu.pe/planeamiento/docs/documentos-normativos/DISPOSITIVOS%20LEGALES%20VIGENTES%20EN%20LA%20ADM%20PUBLICA/08%20SIST.%20%20ADM.%20DE%20PLANEAMIENTO%20ESTRATEGICO/02%20Directiva%20General%20de%20Plan.%20Estrat.%20de%20CEPLAN%20con%20cambios%20>
- CONTRALAFT. (11 de Marzo de 2018). *Web Principal de la SBS*. Obtenido de Web Principal de la SBS: https://www.sbs.gob.pe/Portals/5/jer/LIST_INTERES/files/P%C3%B3litica_Plan_CONTRALAFT.pdf
- CONTRALAFT, C. E. (30 de Junio de 2021). *CONTRALAFT.GOB.PE*. Obtenido de CONTRALAFT.GOB.PE: <https://contralaft.gob.pe/Home/Se-evidencia-un-buen-nivel-de-avance-en-el-cumplimiento-de-las-acciones-del-Plan-Nacional-contra-LA-FT-2018-2021>
- Díez Ripollés, J. L. (2018). El papel epistémico de la política criminal en las ciencias penales: la contribución de v. Liszt. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 1-31.
- Ferwerda, J., & Reuter, P. (2018). Learning from Money Laundering National Risk Assessments: The Case of Italy and Switzerland. *European Journal on Criminal Policy and Research*, 5-20.
- Pariona Arana, R. (2018). *Derecho Penal Parte General - El delito y su estructura*. Lima: Instituto Pacífico.
- Poder Ejecutivo del Perú. (2012, 18 de abril). *Decreto Legislativo de lucha eficaz contra el lavado de activos y otros delitos relacionados a la minería ilegal y crimen organizado - D.L. N° 1106*. Diario Oficial el Peruano. Obtenido de <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/decreto-legislativo-de-lucha-eficaz-contra-el-lavado-activos-decreto-legislativo-n-1106-778570-3/>
- Reátegui Lozano, R. (2020). *Lavado de activos, paraísos fiscales y crimen organizado*. Lima: Editorial Iustitia.
- Saldaña Pacheco, R. Á., Rodríguez Ascue, N., & Rodríguez Cairo, V. (2020). Políticas Públicas y Planificación Estratégica en Perú. *QUIPUKAMAYOC*, 102-111.
- Superintendencia de Banca, S. y. (2021). *Evaluación Nacional de Riesgos de Lavado de Activos 2021*. Lima.
- Superintendencia de Banca, S. y. (2021). *II Informe de Sentencias de Lavados de Activos en el Perú 2012-2019*. Lima.

INVESTIGACIONES NACIONALES

La Prefectura: Extinción o reincorporación constitucional en el bicentenario de creación

The Prefecture: Extinction or constitutional reincorporation in the bicentennial of creation

Gonzalo Girón Román

Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, Perú

<https://orcid.org/0000-0002-4982-265X>

gonzalo.giron@unmsm.edu.pe

Presentado: 14/04/2023 - Aceptado: 23/12/2023 - Publicación: 30/12/2023

Resumen

Perú en el bicentenario ha puesto en debate la inminente extinción del ente políticojurídico “Prefectura” frente a la propuesta –controversial y contracorriente– de subsistencia en su bicentenario precisamente sobre su reincorporación constitucional como posibilidad de constituirse en un canal adecuado de la demanda ciudadana, que articule los tres niveles de gobierno y contribuya a la gobernabilidad de manera efectiva. Se parte de una descripción histórica del marco normativo previo, debates y fuentes de la Constitución de 1823 que incorporó a la Prefectura como eje principal de gobierno en el interior del país, asimismo, desarrollamos el tránsito de esta entidad en los siglos XIX y XX hasta su episódico retiro de la Constitución de 1979. Por último, se describe el papel actual de la Prefectura y su coexistencia con los tres niveles de gobierno, se plantea la propuesta de su reincorporación Constitucional, y se analiza el contexto político actual de la descentralización, reconociendo la tendencia actual que justificaría la extinción de la Prefectura.

Palabras clave: Gobernabilidad, demanda ciudadana, normatividad, descentralización, articulación.

Abstract

Peru in the bicentennial has debated the imminent extinction of the political-legal entity “Prefecture” in the face of the proposal - controversial and countercurrent - of subsistence in its bicentennial precisely on its constitutional reincorporation as a possibility of becoming an adequate channel for citizen demand, which articulate the three levels of government and contribute to governance effectively. It is based on a historical description of the previous regulatory framework, debates and sources of the Constitution of 1823 that incorporated the Prefecture as the main axis of government in the interior

of the country. Likewise, we develop the transition of this entity in the 19th and 20th centuries until its episodic withdrawal from the 1979 Constitution. Finally, the current role of the Prefecture and its coexistence with the three levels of government are described, the proposal for its Constitutional reincorporation is raised, and the current political context of decentralization is analyzed. recognizing the current trend that would justify the extinction of the Prefecture.

Keywords: Governance, citizen demand, regulations, decentralization, articulation.

I. Introducción

El General San Martín por medio del denominado Ejército Libertador del Perú, emitió el Reglamento Provisional del Perú el 12 de febrero de 1821 en Huaura; documento que estableció la regulación administrativa del territorio (en proceso de independencia) y regiría hasta que se defina la forma y estructura de gobierno por la voluntad de los pueblos libres. De esta manera, normativamente se puso fin a la estructura de gobierno interno y sistema administrativo, conformado por intendencias y subdelegaciones, que implantó la corona española en el virreinato desde el tercer tercio del siglo XVIII.

En el contexto señalado, los cargos y funciones establecidas en la administración colonial, de intendencias y subdelegaciones fueron sustituidos, respectivamente por el reglamento provisional, a las figuras de presidente de departamento, gobernador de partido y teniente gobernador de los pueblos. Se estableció que, las funciones de esta nueva estructura burocrática, en sus respectivas circunscripciones territoriales, inicial y prioritariamente consistían en: iniciativa a nivel de propuesta de creación de cuerpos de milicias, arreglar la economía interior y jurisdicción de causas civiles, criminales y de hacienda hasta que se constituyeran los tribunales de justicia y del tesoro público. Posteriormente, con la independencia se estableció el Protectorado, siendo cuatro los departamentos sujetos a la regulación administrativa de gobierno: Lima, Trujillo, Tarma y Huaylas. El General San Martín el 4 de agosto de 1821, nombró primer presidente de Lima a José de la Riva Agüero. (Peralta, 2016)

El primer Congreso Constituyente del Perú emitió la Constitución Política de la República Peruana el 12 de noviembre de 1823, esta primera Carta Magna fue promulgada por Don José Bernardo Tagle, en su condición de gran mariscal de los ejércitos, y presidente de la república peruana, nombrado por el congreso constituyente. En lo referente a la estructura y funcionamiento administrativo de gobierno interno, constituye un hito la creación a nivel Constitucional la figura del Prefecto, que asumió la conducción

administrativa y política de los departamentos, adicionalmente se sustituyó a los gobernadores por la figura de intendentes para la conducción política administrativa de las provincias. Se estableció que los prefectos dependieran directamente del presidente de la República y sus funciones fueron delimitadas al orden interno y seguridad pública. Al respecto, estuvieron prohibidos del conocimiento en materia judicial, impedidos de violar la seguridad personal; sin embargo, se les autorizó el encarcelamiento temporal de toda persona que vulnera la tranquilidad pública, disponiendo el conocimiento del juez a fin de resolver su libertad.

La revisión de la institución jurídica Prefectura incorporada en la Constitución de 1823 como forma de gobierno interno, tiene vigencia hasta la actualidad, y su subsistencia en el tiempo como sus deficiencias conlleva a analizar y estudiar sus orígenes, su tránsito normativo y el contexto actual que propiciaría una probable extinción, frente a una debatible y controversial propuesta de reincorporación constitucional en su bicentenario que propugna el suscrito.

II. Explicación del marco normativo previo y la Constitución de 1823

Es menester, previamente al desarrollo del contexto normativo que antecede a la Constitución de 1823, emplear la definición de Estado Unitario: “El regido por un gobierno central con poderes iguales y plenos sobre todo el territorio nacional, con unidad legislativa y subordinación provincial y municipal (...)” (Ossorio, 2020). Y la definición de Estado Federal: “El Estado compuesto por varios Estados, que poseen gobierno peculiar, legislación privativa en diversas materias, y una gran autonomía administrativa, pero con respeto de la unidad representativa internacional, confiada a un ejecutivo federal o nacional”. (Ossorio, 2020)

La pugna entre conservadores y liberales en el ámbito político e ideológico fue determinante en el debate de propuestas de la construcción de un estado federalista o un estado unitario en el contexto de la independencia del Perú, pues plasmó la fundación del Perú como Estado independiente.

Al respecto resulta pertinente recordar esta afirmación:

Estas ideologías no se deberían solo al ordenamiento político, reflejaban también cosmovisiones que oponían a la sociedad. En ese mismo sentido, dichas ideologías se inculcaban desde dos centros culturales diferentes: el Convictorio de San Carlos y el Colegio Nuestra Señora de Guadalupe, favoreciendo así el distanciamiento de esos sectores (...). (Cotler, 2006).

Por su parte, sobre el federalismo en el contexto de la independencia acota Basadre “La filosofía individualista de fines del siglo XVIII pudo destruir el centralismo peruano. Aquella filosofía sustentaba, mientras el individuo menos delegue la soberanía, mientras haya más contacto entre los pueblos y sus mandantes, es mejor. Lógicamente, pues, el ideal de esa filosofía era el federalismo” (Basadre, 1984). Asimismo, la historia del Perú circunscrita al periodo de la Independencia refiere que la posición federalista, cuyo promotor principal fue Faustino Sánchez Carrión, no contó con un apoyo mayoritario, básicamente por una razón fundamental, en 1823, no se había definido plenamente la situación bélica con España. Dentro del estudio comparado se identifica situación distinta en Argentina, Venezuela y México.

2.1 El Reglamento Provisional de 1821

Señala la historia que, ante el contexto de guerra y anarquía que naturalmente se propiciaba por el proceso de Independencia de nuestro país, José de San Martín emite el Reglamento Provisional de 1821 – que constituye un instrumento de unidad del nuevo Perú – con el que se regulaba a través de la permanencia e intervención del Ejército Libertador del Perú, en el territorio comprendido por independizar, la administración instaurada hasta lograr la forma de gobierno por la voluntad de los pueblos libres. En este texto normativo se evidenciaba la vocación de construir un Estado Unitario que consideraba una descentralización administrativa a través de los presidentes de Departamentos que vendrían a ser los predecesores inmediatos de las Prefecturas.

2.2. El Estatuto Provisional de 1821

Atendiendo el contexto guerra y teniendo en cuenta que la mayor parte del territorio del país tenía presencia del ejército realista, más por finalidad práctica que por consolidar las bases de la creación del nuevo Estado, José de San Martín expidió El Estatuto Provisional de 1821, considerándose en su preámbulo como justificación de su promulgación, para el mejor régimen de los departamentos libres.

El primer artículo de este Estatuto consagraba en la persona de José de San Martín “el Protectorado”, otorgándole suprema potestad sobre los departamentos libres del Estado del Perú, sosteniéndose en el imperio de la necesidad, la fuerza de la razón y la exigencia del bien público. En lo que respecta la materia de estudio del presente, la sección quinta de la referida norma ratifica la institución jurídico-política de los presidentes de los departamentos (figura jurídica predecesora de las Prefecturas), que como se ha señalado traducirán la voluntad y representación del Estado en su circunscripción territorial.

Dentro de sus atribuciones especiales se contemplaba (...) administrar el gobierno económico del departamento, aumentar la milicia en caso de necesidad hasta donde lo juzgue conveniente; promover la prosperidad de la hacienda del Estado, celando escrupulosamente la conducta de los empleados en este importante ramo, proponiendo al gobierno las reformas o mejoras de que él sea susceptible, según las circunstancias locales de cada departamento. Cuidar que la justicia se administre imparcialmente, y que todos los funcionarios públicos inferiores a ellos cumplan los deberes de que se hallen encargados, corrigiendo a los infractores, y dando cuenta de ello al gobierno. (García, “Las Constituciones del Perú”, 1993, pág. 12)

La situación política interna del Perú en ese entonces que el Protectorado tuvo su soporte en la concertación de un grupo de la élite social peruana y militares extranjeros, en tanto, José de San Martín vislumbraba por su parte instaurar una monarquía en el Perú porque era consciente desde aquel entonces, que el Perú no estaba preparado para conformar una nación independiente por la fragmentación social y de intereses económicos y políticos de sus líderes y caudillos, que la aristocracia criolla en su mayoría estaba interesada en la subsistencia del dominio de la corona española e incluso sostenían económicamente al ejército realista, además de no estar plenamente convencido de ser el personaje unificador de una independencia a sangre y fuego; por ello, conjuntamente con su personal de confianza que era Bernardo Monteagudo - quien entorpecía el establecimiento de un Congreso Constituyente- acordaron el viaje de San Martín para entrevistarse con Bolívar en Guayaquil. En este contexto, se produce una protesta pública solicitando la destitución de Monteagudo, quien se autoexilia en Panamá, tras retornar San Martín convoca al Congreso Constituyente de la República del Perú que se instala un 20 de setiembre de 1882, siendo elegido como presidente el Dr. Francisco Javier de Luna Pizarro y como primer secretario José Faustino Sánchez Carrión, entre otros ilustres miembros. Este Congreso acepta la renuncia de San Martín, culminando su protectorado. En esta perspectiva, “El proyecto monárquico de San Martín y de una parte importante de la aristocracia criolla fue la expresión más concreta del carácter contrarrevolucionario de la Independencia (...)” (Cotler, 2006)

2.3. Prolegómenos a la Constitución de 1823

El Congreso Constituyente el 22 de setiembre de 1822 elige una Junta de Gobierno provisional (hasta la promulgación de la Constitución), liderada por José de La Mar. El 2 de octubre de 1822, Faustino Sánchez Carrión presenta formalmente un proyecto sobre el sistema federal de gobierno (lo hizo anteriormente en agosto de ese año con una carta bajo el seudónimo de “Solitario de Sayán” sustentando su pedido en el modelo norteamericano), el Congreso rechazó el proyecto.

2.4. La Prefectura en la Constitución de 1823

El Congreso Constituyente consagró el diseño de la estructura de un Estado Unitario con centralización del poder, precisando que el Gobierno del Perú es popular y representativo, regulando la organización administrativa del país, instaurando la figura de los Prefectos como gobernantes de los departamentos y el de provincias a cargo de los Intendentes, considerando la demarcación territorial colonial en lo correspondiente a los departamentos, provincias y distritos. Esta construcción jurídico constitucional, a través del establecimiento de las Juntas Departamentales, constituyeron los cimientos de descentralización administrativa del Estado Peruano que articulaba desde ya con la representación del Ejecutivo o Supremo Gobierno. Podemos señalar que la redacción constitucional de esta primera Carta Magna, evidencia la pulcritud y esfuerzo que tuvieron los legisladores en tratar de engarzar y construir el collage del Estado Unitario de la naciente República del Perú, sobresaliendo el Papel de las Prefecturas de origen francés, asumió un rol articulador entre la institución del Presidencialismo, con la participación Parlamentaria, y los ciudadanos, posteriormente fue fundamental como eje articulador político para llegar o mantenerse en el Poder como en la época de Agustín Gamarra en el siglo XIX, distorsionada con el devenir de la historia como aparato político con el mismo fin.

III. Fuentes de la Prefectura y el contexto del siglo XIX

Expuesto el marco normativo previo y la Constitución de 1823 en lo que pertinente a la institución jurídica y política de la Prefectura, corresponde en primer lugar analizar sobre sus bases y fuentes, vale decir sus raíces jurídicas que determinaron su incorporación Constitucional en el Perú. Y en segundo lugar sobre las circunstancias político sociales del siglo XIX que propiciaron su vigencia.

3.1. Sobre la experiencia española - como fuente inmediata

Se considera, a efectos del presente estudio, recurrir a la fuente inmediata, para cuyo efecto, es ineludible tratar el propio caso de España en su etapa Napoleónica, periodo que se desarrolló entre 1808 y 1813. Durante ese periodo, gran parte de la península era ocupada por los ejércitos franceses, lo que constituyó un estado satélite encabezado por José Bonaparte, proclamado como José I, por su hermano emperador de Francia Napoleón Bonaparte. Durante ese periodo, sucedía lo siguiente:

La invasión de España por los ejércitos napoleónicos y la deposición de Fernando VII significó el descalabro de la monarquía española y el principio del fin de su imperio en América. (...) En las principales ciudades americanas, salvo Lima, se establecieron estas juntas dando como resultado una dualidad de poderes. Mientras las

juntas provinciales, siguiendo a la central, se mantuvieron leales a Fernando VII, las autoridades coloniales reconocieron a José I, (...). En Lima, en cambio, la situación fue diferente (...) la aristocracia criolla (...) percibía su existencia en función de la continuidad del andamiaje español (...) (Cotler, 2006)

José María de Lanz (Nacido en Navarra, militar, académico, matemático y cartógrafo), en septiembre de 1809, asumió la jefatura de la sección primera del ministerio del Interior del régimen de José I en España, asumió la tarea de diseñar la nueva división territorial española en circunstancias que el ejército francés ocupaba casi la totalidad de ese territorio. Hasta ese momento la administración de José I, mantenía el ordenamiento provincial preexistente a través de Intendencias. Lanz elaboró su propuesta manteniendo el número de departamentos. Al respecto señala Burgueño, que Lanz, no tuvo dificultad al realizar la nueva demarcación territorial de España, pues “concibió la prefectura de Madrid a semejanza del departamento de París” (Burgueño, 2020)

En diciembre del año de 1809 el Consejo de Ministros de José I, revisó el proyecto de Lanz, y determinó realizar pequeñas modificaciones que fueron sustituir la denominación de departamentos por prefecturas y denominarlas por sus capitales. En Sevilla, en abril de 1810, el Ministro de Estado Mariano Luis de Urquijo firmó el Decreto de creación de las 38 prefecturas de España. En este contexto, se considera que esta experiencia española constituye la primera fuente inmediata y próxima para la incorporación de las Prefecturas a la Constitución de 1823.

3.2. Sobre el origen francés – como fuente originaria

En el orden de ideas, que se viene desarrollando, corresponde acudir a la fuente originaria del origen jurídico de la institución Prefectura, al respecto es preciso señalar, que la concepción del cuerpo prefectural desde su fundación en 1800 en Francia, durante el periodo Napoleónico, tuvo como predecesores en la etapa monárquica a los Intendentes (Instrumento de la Política Centralista de Richelieu en el reinado de Luis XIII), que constituía la burocracia administrativa civil en las provincias de Francesas, nombrados directamente por el Rey y encargados del cumplimiento de las políticas del Rey y ejecución de las leyes empleando para ello la coerción y represión (lo que significó una de las causas de la revolución francesa).

Posterior a la eliminación de la Monarquía que conllevó la ejecución del Rey en 1791, la Asamblea Constituyente recurrió a los Comisarios enviados desde París para sofocar los levantamientos internos. En 1799 Napoleón Bonaparte toma el poder en Francia instituyéndose como Primer Cónsul, y con una vocación e idea preconcebida de llevar a Francia a su grandeza.

En este contexto García de Enterría señala:

El Primer Cónsul tomó una actitud crítica contra las autoridades locales electivas. La experiencia había demostrado que no podía confiarse en tales Corporaciones ni como gestoras de una administración propia, ni para asistir al Gobierno en tiempos de crisis. (...) Ordenó a sus colaboradores estudiar un sistema de administración local que hiciese frente a la tendencia disgregadora. Se pensó en un representante del Primer Cónsul en cada Departamento con el título de Prefecto. (Enterría, 2020)

El 17 de febrero de 1800, Napoleón Bonaparte firma la Ley que crea el Cuerpo prefectoral (integrado por Prefectos, Subprefectos y Secretarios Generales). En ese contexto histórico, se produjeron arduos debates, el Tribunal argumentaba que el otorgamiento de grandes poderes al Prefecto podría provocar que se incurriera en los abusos y opresión que infringieron sus predecesores monárquicos (Intendentes) contra el pueblo.

La Ley promulgada por Napoleón, otorgaba al cuerpo prefectoral, poderes de representación del Gobierno ante el Pueblo. En cada una de sus circunscripciones territoriales (Departamentos) eran la autoridad suprema, pero en lo que correspondiente a su relación con el poder central, era de subordinación total.

El Prefecto era asistido en el Departamento por dos Consejos: el Consejo General y el Consejo de Prefectura. Al primero le correspondía repartir los impuestos, pero su importancia fue decayendo porque los Prefectos - al igual que Napoleón - fueron perdiendo interés por los Cuerpos electivos. El Consejo de Prefectura era un Tribunal administrativo para decidir los litigios que surgían entre los participantes y la Administración, y su suerte fue algo mejor. (Enterría, 2020)

En la práctica, esta institución jurídica de gobierno se extendió en todo Francia y se legitimó rápidamente entre la población, proporcionando una sólida administración y vínculo entre la autoridad central y el pueblo, lo que permitió a Napoleón emprender sus campañas a través de Europa y en su ausencia no se produzca la ingobernabilidad o anarquía de Francia.

Es así, que:

En situaciones de emergencia, los Prefectos constituyeron un centro de autoridad y dirección sobre los que se organizaron eficazmente los remedios precisos. El Cuerpo fue también un lugar de formación para futuros conductores del país. El período entre

1816 y 1879 vio establecidas como firme tradición muchas de las reglas directivas de Napoleón. El Cuerpo prefectoral tenía que ser constructivo en los asuntos civiles, proporcionar guía y dirección a las provincias, adiestrar, a los futuros altos cargos del Estado, ejecutar fielmente la voluntad del Gobierno, mantener la seguridad y promover los intereses de Francia. (Enterría, 2020).

3.3. La Prefectura en el Perú en el contexto político-social del siglo XIX

Cabe reiterar, que la preponderancia y destaque de la figura jurídica constitucional de la Prefectura era asociada desde su concepción al poder, y sus implicancias políticas sociales de su ejercicio; este contexto determinó que en los inicios de la figura Constitucional Prefectural, hasta tres prefectos asuman la máxima magistratura del país, vale decir, asumieron la Presidencia de la República: José de la Riva Agüero, Agustín Gamarra Messía, Luis José de Orbegoso y Antonio Gutiérrez de la Fuente.

IV. Del tránsito constitucional de la Prefectura hasta el siglo XX

La regulación normativa sobre la designación de los Prefectos, evidenció siempre debate de las posiciones marcadas y antagónicas de los liberales y conservadores (lo que no solo perduró en el siglo XIX sino también, en el siglo XX). En su momento, los congresistas liberales implantaron una regulación previa, que restringía al Presidente en la designación de las autoridades políticas en los departamentos. Las Constituciones Políticas de 1823 y 1828 establecieron que las juntas departamentales presentaban las ternas de postulante a Prefectos, siendo el Senado primer filtro y recién llegaba al ámbito discrecional del Presidente. La Constitución de 1834 estableció que la función de proponer las ternas era de los colegios electorales de provincia. Este procedimentalismo, evidencia el permanente principista espíritu de los liberales (vocación democrática) que la designación de prefectos mínimamente pasen por filtros para su designación (lo que colisiona con el espíritu de su origen francés). En su momento, esta posición fue propugnada por Francisco Javier de Luna Pizarro (de corriente liberal) en el debate sobre la reforma de la Constitución de 1823 “que el poder arbitrario ahora ejercido por los prefectos como delegados de la autoridad suprema, deje de existir bajo un gobierno legal y constitucional” (Peralta, 2016) citado por Zas Frits Burga. En contraposición, el presidente Gamarra, el 25 de febrero de 1830, (en analogía a lo ejecutado por Napoleón Bonaparte – sobre la preferencia de autoridades de confianza sobre las electas a quienes miraba con desdén), emitió un Reglamento determinando las atribuciones de las autoridades a nivel nacional. El dispositivo legal estableció como funciones la jefatura de las milicias y de las fuerzas de policía locales tanto en coyuntura de paz, como de guerra, esta atribución fue orientada a que Gamarra empleara formalmente

a los prefectos en esos ámbitos pero políticamente en resguardo de los intereses de su gobierno. Fue la tentativa más seria de instaurar un modelo de Estado Conservador en el Perú.

4.1. Constituciones del Perú con relación a las Prefecturas, Subprefecturas, Gobernaciones y Tenencias de Gobernación y su demarcación departamental:

Las Constituciones sucesivas de 1867, 1920 y 1933, contemplaban regulación expresa de reconocimiento o impulso a la gestión o gobierno departamental, contrastando con el clásico gobierno nacional y/o municipal.

Estas propuestas de gobierno departamentales tuvieron ciertas disimilitudes, pero impulsaban su carácter representativo, lo que evidenciaba cierta tendencia a evolucionar y su relación o coexistencia con los representantes del Ejecutivo. Inicialmente las denominadas Juntas Departamentales tenían un carácter consultivo del Prefecto y promotor de los intereses del departamento, no se establecían sus funciones en relación a las municipalidades y el Poder Ejecutivo central. Posteriormente mediante la Constitución Política de 1920, se tradujeron en Congresos Regionales con características de entidad parlamentaria, que representaba los intereses de las provincias, estando entre sus facultades la expedición de resoluciones de obligatorio cumplimiento siempre que no sean incompatibles con las leyes generales o con el interés nacional, pero sin atribuciones ejecutivas o administrativas.

En la Constitución de 1933, se mantuvieron los Consejos Departamentales con funciones específicas de ejecutar directamente sus acuerdos y actos resolutivos, obviando recurrir al Poder Ejecutivo como estaba prescrito anteriormente. Respecto a los Prefectos, el artículo 185° de esta Carta Política establecía la jerarquía de los Prefectos en departamentos; Subprefectos en provincias, gobernadores en distritos, y tenientes gobernadores conforme la necesidad de la población asentada en determinado territorio. Adicionalmente se estableció que para el nombramiento de los Prefectos se requería la aprobación del Consejo de Ministros. La ley estableció requisitos para el nombramiento del Prefecto, así como sus atribuciones.

Con la Constitución de 1933 concluye la regulación a nivel Constitucional de la institución Prefectura en relación y coexistencia con los otros niveles de gobierno. A partir de ello, por necesidad de la población, posición política de partidos políticos emergentes, y la realidad nacional, la tendencia de sistema de gobierno centralista fue virando hacia una vocación descentralista – como fin superior del Estado- fue consolidándose de manera declarativa en las Constituciones de 1979 y 1993, sin que eso significara en la práctica un sistema articulado de los tres niveles de gobierno (central, regional y

local) que conlleve a canalizar una efectiva y real demanda ciudadana que se plasme en políticas públicas en favor de las grandes mayorías, hecho que se comprueba actualmente en pleno siglo XXI con un fracaso descentralista al tomar solamente dos indicadores de medición que sería la ejecución presupuestal de los gobiernos regionales y locales y el número de gobernantes investigados y procesados por corrupción. Es pues en este contexto que se propone el debate de la reincorporación constitucional de la Prefectura que desarrollaré más adelante.

El siguiente cuadro ilustra el desarrollo cronológico de la coexistencia de la Prefectura y los niveles de gobierno subnacional:

Tabla N°1.
Tránsito de la Prefectura en la Constitución y diseño territorial del Perú.

TRANSITO DE LA PREFERECTURA EN LA CONSTITUCIÓN Y DISEÑO TERRITORIAL DEL PERÚ					
N°	PERIODO CONSTITUCIONAL	DISEÑO TERRITORIAL DEL PAÍS	MODALIDAD DE GOBIERNO INTERIOR	GOBIERNO DEPARTAMENTAL/ REGIONAL	GOBIERNO LOCAL
1	1823	DEPARTAMENTO, PROVINCIAS, DISTRITOS, PARROQUIAS	PREFECTO, INTENDENTE, GOBERNADOR	JUNTA DEPARTAMENTAL	MUNICIPALIDAD
2	1826	DEPARTAMENTOS, PROVINCIAS, CANTÓN, PUEBLO, COMARCA, VECINDARIO	PREFECTO, SUBPREFECTO, GOBERNADOR, JUEZ DE PAZ, ALCALDE		
3	1828	DEPARTAMENTOS, PROVINCIAS, DISTRITOS	PREFECTO, SUBPREFECTO, GOBERNADOR	JUNTA DEPARTAMENTAL	MUNICIPALIDAD
4	1834	DEPARTAMENTOS, PROVINCIAS, DISTRITOS	PREFECTO, SUBPREFECTO, GOBERNADOR		MUNICIPALIDAD
5	1839	DEPARTAMENTOS, PROVINCIAS, DISTRITOS	PREFECTO, SUBPREFECTO, GOBERNADOR		
6	1856	DEPARTAMENTOS, PROVINCIAS, PROVINCIAS LITORALES, DISTRITOS	PREFECTO, SUBPREFECTO, GOBERNADOR, TENIENTE GOBERNADOR	JUNTA DEPARTAMENTAL	MUNICIPALIDAD
7	1860	DEPARTAMENTOS, PROVINCIAS, PROVINCIAS LITORALES, DISTRITOS	PREFECTO, SUBPREFECTO, GOBERNADOR, TENIENTE GOBERNADOR		MUNICIPALIDAD
8	1867	DEPARTAMENTOS, PROVINCIAS, DISTRITOS	PREFECTO, SUBPREFECTO, GOBERNADOR, TENIENTE GOBERNADOR	JUNTA DEPARTAMENTAL	MUNICIPALIDAD
9	1920	DEPARTAMENTOS, PROVINCIAS, PROVINCIAS LITORALES, DISTRITOS	PREFECTO, SUBPREFECTO, GOBERNADOR, TENIENTE GOBERNADOR	CONGRESOS REGIONALES	MUNICIPALIDAD
10	1933	DEPARTAMENTOS, PROVINCIAS, PROVINCIAS LITORALES, DISTRITOS	PREFECTO, SUBPREFECTO, GOBERNADOR, TENIENTE GOBERNADOR	CONSEJOS DEPARTAMENTALES	MUNICIPALIDAD
11	1979*	REGIONES, PROVINCIAS, DISTRITOS	ALCALDE	GOBIERNO REGIONAL	MUNICIPALIDAD
12	1993**	REGIONES, DEPARTAMENTOS, PROVINCIAS, DISTRITOS	PRESIDENTE REGIONAL, ALCALDE	GOBIERNO REGIONAL	MUNICIPALIDAD

*La figura de Prefectos y Subprefectos fue sustentada y mantenida por la Comisión Principal de redacción de la Constitución de la Asamblea Constituyente de 1979; fue retirada por el asambleísta Chirinos Soto, durante la Presidencia interina de la Comisión a cargo de Ramiro Prialé. Sin embargo, la institución del gobierno interior se mantuvo mediante normativa infra constitucional.

** La Constitución de 1993 no debatió la reincorporación Constitucional del gobierno interior; se mantuvo la regulación normativa infra constitucional hasta la fecha.

4.2. La Constitución de 1979, incorporación y retiro de la Prefectura del borrador de la Constitución, influencia española en la redacción de la Constitución – los Prefectos en la década de los 80:

La Constitución de 1979, estableció de manera precisa la separación de poderes y funciones de cada uno de los organismos del Estado, se constituyó un híbrido en el gobierno central fortaleciendo el poder presidencial, manteniendo especialmente instituciones de regímenes parlamentarios (Consejo de Ministros, censura, interpelación, disolución). “Así, se ha estructurado un modelo híbrido -presidencialismo atenuado lo llamarían algunos- que en la práctica ha conducido a una suerte de caudillismo presidencial” (Tuesta, 1995).

La incorporación de los Prefectos a nivel Constitucional se mantuvo presente en las sesiones de la Comisión Principal de la Asamblea Constituyente de 1979; al respecto consta en Acta de la 25ª. Sesión de fecha lunes 5 de marzo de 1979 (página 251), presidida por los señores Luis Alberto Sánchez y Ramiro Prialé Prialé, que entre otros temas trató de “la organización desconcentrada de la administración central”; al respecto cito textualmente la lectura del Relator: *“Artículo....- Corresponde al Poder Ejecutivo nombrar prefectos en los departamentos, subprefectos en las provincias y gobernadores en los distritos. En los pueblos, caseríos y anexos, cuya densidad poblacional lo justifique, habrá tenientes gobernadores.”* (Constituyente, 1979).

Consta en Acta de la 28ª. Sesión (Permanente) de fecha martes 27 de marzo de 1979 (páginas 241-243), presidida por los señores Luis Alberto Sánchez y Enrique Chirinos Soto, que entre otros temas trató de descentralización y funciones del Presidente de la República; al respecto, obra en las páginas 241, 242 y 243 la lectura del borrador del texto de las atribuciones y obligaciones del Presidente de la República *“Artículo 219°.- Son atribuciones y obligaciones del Presidente de la República: (...) 31. Nombrar, remover y conceder licencia a los prefectos, subprefectos y demás funcionarios y empleados públicos: (...)”*. (Constituyente, 1979)

Lo anecdótico y curioso, es la votación a favor de la incorporación de la Prefectura al texto final del borrador a presentar a la Asamblea Constituyente por parte de la Comisión Principal de constituyentes durante la Presidencia de Luis Alberto Sánchez y minutos después al asumir Ramiro Prialé la presidencia de manera momentánea, a pedido de Chirinos Soto se retira la Prefectura del borrador final sin votación. Esta situación, consta en Acta de la 53ª. Sesión de fecha jueves 24 de mayo de 1979 (página 188), presidida por los señores Ramiro Prialé Prialé y Luis Alberto Sánchez Sánchez, que entre otros se trató del debate del Capítulo III, Del Poder Ejecutivo; al respecto obra en la página 188, bajo la lectura del Relator de las funciones del Presidente de la República

(...) 31. Nombrar, remover y conceder licencia a los prefectos, subprefectos y demás funcionarios y empleados públicos. (...)". Interviene el señor Presidente: "Los señores que estén de acuerdo con la redacción de los incisos 30, 31, 32 y el inciso 27 con el agregado de conforme a ley, se servirán manifestarlo. (Votación). Los que estén en contra. (Votación). Aprobados. Se suspende la sesión, por unos momentos, para un informe. Eran las 11hs. 55'. – Siendo las 12hs. 15', se reabrió la sesión bajo la Presidencia del señor Ramiro Prialé Prialé. El señor Presidente.- Se reanuda la sesión. El señor Chirinos Soto (Enrique).- Señor Presidente: Si no fuera que en el inciso 31 se menciona a los prefectos, subprefectos y gobernadores, creo que es la única mención, sería casi de la opinión de eliminar este inciso. Claro que el Presidente puede conceder licencias y nombrar nuevos prefectos, que son sus representantes. Retiramos el Inciso. El señor Presidente.- Por retirado el Inciso. (Constituyente, 1979).

Otro dato curioso y refuerza la influencia española en la redacción de la Constitución de 1979 es la presencia del Rey de España conforme consta en la 15ª. Sesión solemne de "Recepción a los Reyes de España", sesión de fecha jueves 23 de noviembre de 1978, presidida por Victor Raúl Haya de la Torre.

Ahora bien, en el sentido estricto de la influencia Constitucionalista que se reflejó en la Constitución de 1979, tomado como referencia a Domingo García Belaunde, este señaló:

La influencia española en el constitucionalismo peruano, si bien inferior a la francesa y norteamericana, que primaron sobre casi todo el siglo XIX, no ha sido suficientemente estudiada. El más lejano antecedente puede encontrarse en la Constitución de Cádiz de 1812, que no solamente contó en su seno con la presencia de varios delegados peruanos, sino incluso uno de ellos, Vicente Morales y Duárez, llegó a presidirla. (...). En pleno siglo XX, existe cierta influencia (...) y más concretamente en la actual de 1979. (García, 1985).

En el contexto señalado, recordemos que la figura institucional de la Prefectura tiene como antecedente la influencia francesa; al respecto cabe recordar que:

Es preciso conocer la evolución del Cuerpo prefectoral desde su fundación en 1800 para comprender la instrucción. A través del siglo XIX, el Cuerpo prefectoral fue una organización política y toda su evolución está íntimamente ligada con la política interior francesa. Para mayor claridad se distinguen los siguientes periodos : el sistema bajo el ancien régime; las Reformas de Napoleón y la creación del Cuerpo Prefectoral (1800-1815); la vida de los Prefectos bajo los

Gobiernos autocráticos del siglo XIX (1816-1879); la III República (1879-1940), y el Cuerpo durante el régimen de Vichy y la Liberación (1940-1950). (Chapman, 1960, p. 72).

Consideremos que en Francia, el Prefecto, es alto funcionario, contemplado en el artículo 72° de la Constitución de la Quinta República, desarrollándose en las circunscripciones territoriales de la República como representante del Estado, encargado de los intereses de la nación, el control administrativo y respeto de las leyes.

En consecuencia, considero modestamente que la no incorporación constitucional de la Prefectura en la Constitución de 1979, además obedeció a la tendencia y corriente de influencia española de nuestro Constitucionalismo, que se recogió sin mayor debate en la practicidad de la Constitución de 1993; sin embargo, no es óbice para que sea reincorporada como se postula, por su necesidad de articulación histórica con la población, con funciones modernas y contemporáneas como se viene dando en la actualidad – pero que, por la regulación normativa vigente resultan inejecutables- además de establecer el profesionalismo de los representantes, incorporándolos a la estructura orgánica del Ejecutivo dentro de la Presidencia del Consejo de Ministros.

En lo que respecta a la no regulación constitucional de un “régimen interior dependiente del ejecutivo” en la Constitución de 1979, en su momento y por la coyuntura social y política de ese momento, conforme se expuso, se tenía que plasmar la anhelada exigencia descentralista de la nación, no se consideró su presencia constitucional, sin embargo en la década de los ‘80 –periodo de violencia terrorista- fueron asesinados muchas autoridades políticas que eran en la única autoridad que constituía presencia del Estado en los poblados más distantes del país.

Si bien es cierto la condición de los Prefectos dejó de tener rango Constitucional en la Carta de 1979, su condición de representantes del ejecutivo se mantuvo implícitamente en el inciso 2 del artículo 211° que es atribución y obligación del Presidente “Representar al Estado, dentro y fuera de la República”, representación que se mantiene hasta la fecha pues su designación – incongruentemente – se realiza mediante Resolución Suprema suscrita por el Presidente de la República (Segundo párrafo del artículo 161° del texto Integrado del Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio del Interior, aprobado por Resolución Ministerial N°1520-2019-IN, que establece “Los Prefectos regionales son designados por Resolución Suprema refrendada por el Ministro del Interior a propuesta del Viceministro de Orden Interno)”

A pesar de que en la década de los 80 el gobierno de Belaunde Terry, al inicio no dio mayor importancia al accionar de la agrupación terrorista

Sendero Luminoso, las acciones violentas perpetradas por este grupo hicieron que en 1981 el Parlamento dictara la Ley Antiterrorista. En el año 1983 el gobierno de Belaunde conforme sus facultades Constitucionales, dispuso que las Fuerzas Armadas asuman el control del orden interno en el territorio peruano azotado por el terrorismo; en lo que respecta las instancias del Poder Judicial y Ministerio Público estuvieron sujetas al orden castrense. Las fuentes de información oficial de los incidentes producidos en estas zonas emanaban de los comunicados militares, y por parte de las autoridades políticas.

La presencia de la Autoridad Política (Prefectos, Gobernadores y Tenientes Gobernadores) en los lugares más recónditos del país en la década del 80, en el que el país se vio afectado por la azolada terrorista, significo en muchos casos la única presencia el Estado, siendo parte de la avanzada de la pacificación, muchos de los cuales en cumplimiento de sus funciones fueron víctimas de los grupos subversivos, la mayoría Gobernadores y Tenientes Gobernadores, sumando 4 prefectos, 11 subprefectos, 86 gobernadores y 167 tenientes gobernadores, conforme refiere el Informe de la Asociación pro Derechos Humanos. (Martínez, 2009)

V. La Prefectura y su coexistencia con los tres niveles de gobierno – propuesta de reincorporación Constitucional, contexto político de la descentralización fallida, tendencia actual de extinción de la prefectura.

Lo que pretende la pretende investigación es sustentar la labor articuladora de los prefectos como representantes del ejecutivo – despacho presidencial – en relación con los tres niveles de gobierno coadyuvando con el cumplimiento de las políticas públicas nacionales respetando e impulsando los avances del proceso democrático de descentralización y las competencias de los gobiernos subnacionales dentro de sus circunscripciones territoriales, reconocidas constitucionalmente.

Destacando la presencia nacional de la Prefectura y conexión directa con la población a través de los Subprefectos y Tenientes Gobernadores, se permitirá a nivel de su reincorporación constitucional, legitimar y garantizar la formulación y difusión de las políticas públicas nacionales, canalizar la demanda ciudadana para contribuir con la gobernabilidad de nuestro país.

Si bien es cierto, podríamos señalar que las Constituciones de nuestro país, son el reflejo de los cambios experimentados por la sociedad peruana, permitiéndonos comprender que el diseño institucional peruano ha fluctuado entre las constantes críticas al centralismo, recurriendo a opciones descentralizadoras – fallidas - en un devenir histórico que llega hasta la actualidad. Lo que pretende la presente investigación es desterrar la “concepción centralista” de la que estaba investida la institución “Prefectura”,

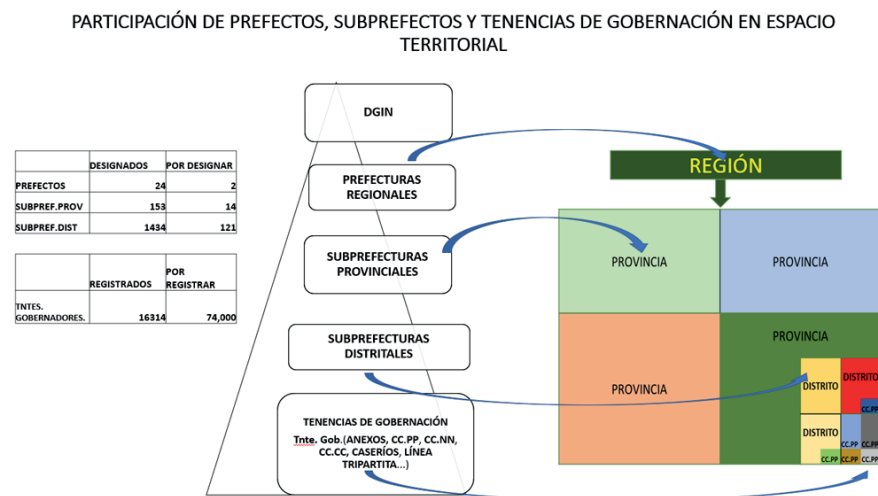
dotándola de un matiz institucional constitucional acorde a la modernidad que fortalezca el proceso de descentralización como eje transversal entre los tres niveles de gobierno y la población.

Se postula que las Prefecturas se reincorporen a nivel Constitucional y legal como un organismo público ejecutor desconcentrado, con autonomía administrativa, funcional y económica, adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros. Para cuyo efecto la presente investigación sustanciará oportunamente una iniciativa legislativa.

La articulación del Ejecutivo a través de la Prefectura con los tres niveles de gobierno se realiza actualmente de manera eficiente por la presencia territorial nacional que se tiene, pero con la limitación normativa actual que lo circunscribe a los tres componentes del sector Interior (Orden Interno, Orden Público y Seguridad Ciudadana) que le permite a través de los Subprefectos Provinciales, Distritales y Tenientes Gobernadores (Centros Poblados Rurales, Comunidades Campesinas y Nativas, Asentamientos Humanos, etc), participar en la articulación de esfuerzos para mantener la Estabilidad y Presencia del Estado, Tranquilidad, seguridad, salubridad y moralidad, y la Convivencia Pacífica focalizada; consolidar y participar de la red de información nacional, al alertar y desarrollar acciones de prevención sobre conflictividad social, riesgos y desastres, entre otros. Lo que se grafica en los siguientes gráficos:

Figura N°1

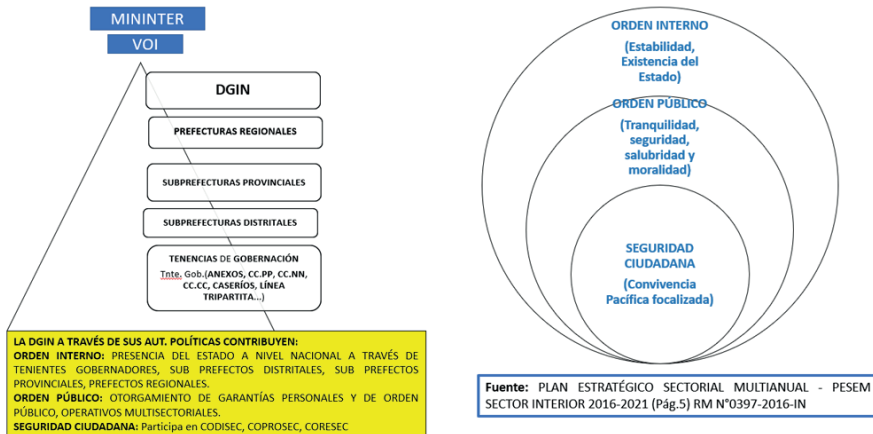
Participación de Coexistencia de la Prefectura y los niveles de gobierno.



Fuente: Elaboración propia.

Figura N°2
La Prefectura y los tres componentes del sector Interior.

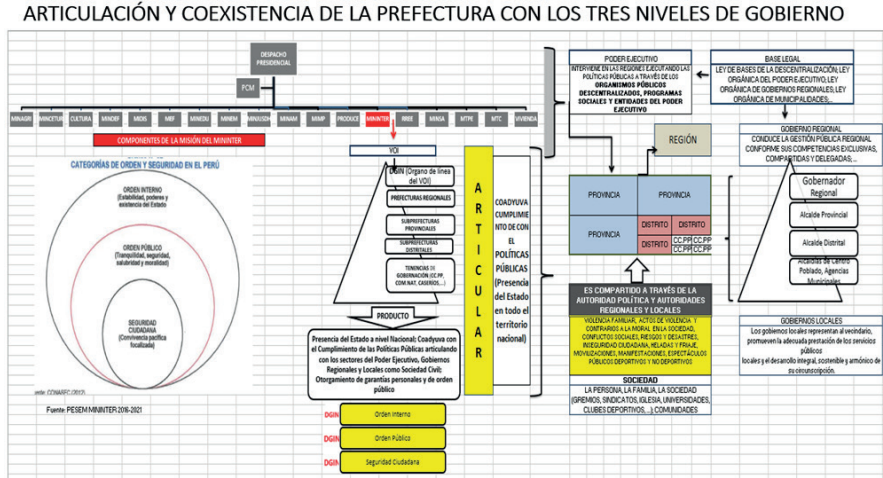
La Prefectura, Subprefecturas y Tenencias de Gobernación cumplen con la Misión del Sector Interior en sus tres componentes: Orden Interno, Orden Público y Seguridad Ciudadana:



Fuente: Elaboración propia.

La articulación del Ejecutivo a través de la Prefectura con los tres niveles de gobierno se realiza actualmente de manera incipiente (por la restricción normativa actual) pero sumamente significativa, teniendo como prioridad fundamental mejorar la calidad de vida de la población, en especial la más vulnerable y de las zonas más alejadas e inaccesibles de nuestro país (donde la única autoridad y representante del Estado es el Subprefecto o Teniente Gobernador), de este modo se contribuye con la ejecución de los planes, programas y acciones en beneficio de la población. Adicionalmente es coadyuvador de las políticas públicas del Estado con la población (sin embargo, actualmente se desarrolla óptimamente, en solo una dirección, vale decir canaliza la Política Pública del Estado hacia la población, pero el retorno, que se traduce en canalizar la demanda ciudadana de la población hacia el estado - como primer contacto directo del Estado con la población - se realiza con limitaciones por las restricciones normativas actuales, y es un argumento importante que sustenta la reincorporación Constitucional de la Prefectura para lograr la armonía del feedback o retroalimentación de un diseño y ejecución de políticas públicas en favor de nuestros ciudadanos. Lamentablemente en la actualidad solamente son gestos con los famosos Consejos de Ministros descentralizados que recogen supuesta y eventualmente la demanda ciudadana *in situ*.

Figura N°3
Coexistencia y articulación de la Prefectura con los tres niveles de gobierno.



Fuente: Elaboración propia.

Como referencia de la participación de articulación de la Prefecturas, Subprefecturas y Tenencias de Gobernación (Autoridades Políticas) en la ejecución de las políticas multisectoriales y verificación in situ la efectividad de los programas del Estado en pro de la priorización de las necesidades de la población para contribuir con la inclusión social cito como ejemplo:

- Desde el año 2012 el Estado Peruano implementó el **Plan Multisectorial ante Heladas y Friaje** a fin de viabilizar la ejecución de intervenciones articuladas entre diez (10) sectores del Estado a fin de reducir de manera sostenible la vulnerabilidad de la población de mayor riesgo ante los efectos adversos de los fenómenos de la heladas y friaje que se producen cada año. Estas actividades son de carácter permanente y aprobado de manera multianual a través de la emisión Decretos Supremos suscritos por el Despacho Presidencial, la Presidencia de Consejo de Ministros y Titulares de los sectores intervinientes.
- Dentro del proceso de articulación multisectorial en las actividades específicas de “entrega de kits de abrigo”. El Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables MIMP adquiere los kits de abrigo; el Programa PAIS /TAMBOS) del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables custodia los kits en sus almacenes – en algunos casos- y la Participación del Ministerio del Interior es a través de la Dirección General de Gobierno Interior y sus Órganos Desconcentrados

(Prefectos, Subprefectos provinciales y distritales como Tenientes Gobernadores) quienes **entregan los kits de abrigo a la población vulnerable (menores de 05 años y adultos mayores de 65 años)** de los distritos priorizados por el MIMP y PCM.

- Mediante Decreto Supremo N°047-2022-PCM se aprueba el “Plan Multisectorial ante Heladas y Frijaje 2022-2024” - PMHF. Marco legal que establece la participación del Ministerio del Interior a través de la Dirección General de Gobierno Interior DGIN y sus Autoridades Políticas antes, durante y después de la ejecución de **entrega de Kits de abrigo a la población vulnerable (identificada y priorizada a nivel de distritos en el PMHF) de 09 regiones, 30 provincias y 65 distritos.**
- En el ítem VI.4 del PMHF (página 53) se consideran las “Intervenciones de entrega directa” de los sectores participantes, correspondiendo a DGIN MININTER: “La Recepción de los kits de abrigo (comprados por el MIMP) en los tambos o locación designada, almacenamiento, traslado, distribución y entrega a la población beneficiaria de los distritos priorizados (niñas y niños de cero meses hasta 5 años y personas adultas mayores de 65 años a más”, según en cuadro siguiente:

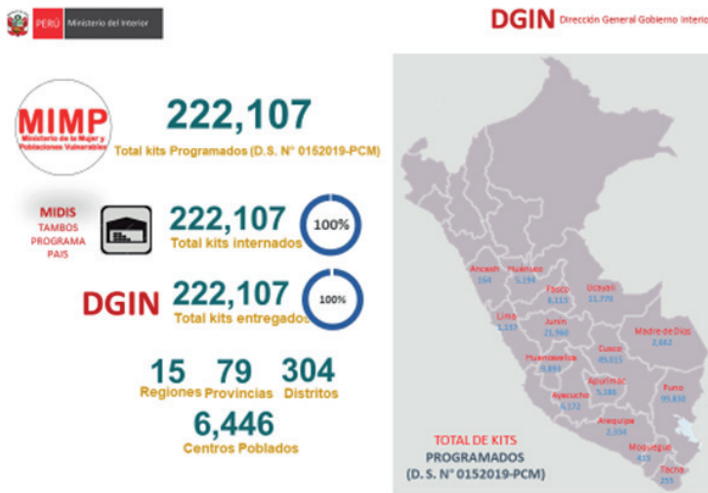
Tabla N°2
kit de abrigo - MININTER

Intervención:	Kit de abrigo- MININTER
Producto:	Red de protección social fortalecida ante los efectos de heladas y friaje (P ₄)
Fin de producto:	- Protección a la salud
Descripción:	Recepción de los kits de abrigo (comprados por el MIMP) en los tambos o locación designada, almacenamiento, traslado, distribución y entrega a la población vulnerable beneficiaria de los distritos priorizados (niñas y niños de 0 meses hasta 5 años y personas adultas mayores de 65 años a más), empleando el formato padrón (brindado por el MIMP)
Resultado al que contribuye:	- Menor incidencias de IRAs - Menor incidencia de neumonía
Impacto al que contribuye:	-Menor mortalidad infantil y de la población adulta mayor -Menor ausentismo escolar
Responsable:	DGIN-MININTER (verificación y distribución de kits) y ODN (adquisición e internamiento de kits en el tambo o local designados)
Articulación:	MININTER (DGIN), MIDIS (PN PAÍS), gobiernos locales
Focalización:	Distrital, pero priorizando la entrega inicial en los centros poblados de prioridad muy alta o alta según el DVGT.

Fuente: Anexo D.S. 047-2022-PCM. PMHF-2022

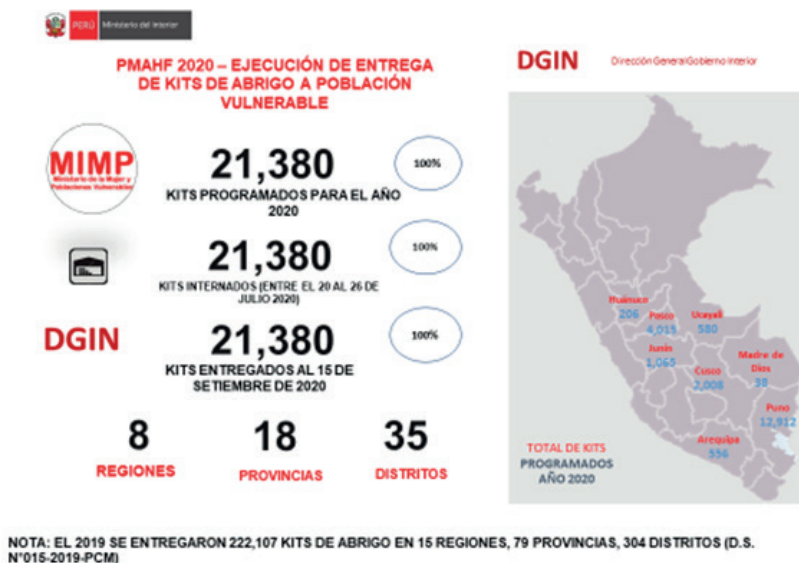
- Si bien es cierto sectores como el Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social, Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables y la Propia Presidencia del Consejo de Ministros a través de sus Secretarías cuentan con gestores territoriales y sedes, en las Regiones del Perú, con competencias definidas; por la cobertura nacional y presencia territorial de las autoridades políticas (Prefectos, Subprefectos Provinciales, Subprefectos Distritales y Tenientes Gobernadores) en nuestro país, la PCM ha optado en un afán de articulación multisectorial contar con los funcionarios del sector interior a efectos de (verificar y distribuir los Kits de abrigo a la población vulnerable beneficiaria de los distritos priorizados de los centros poblados de prioridad muy alta o alta, dispuesto por el Despacho Viceministerial de Gobernanza Territorial de PCM (conforme el detalle del acápite precedente.
- Para mayor detalle, los cuadros siguientes grafican la participación del sector interior en el Marco del Plan Multisectorial ante heladas y Frijaje 2019-2021 - PMHF, precisándose que el referido PMHF de carácter multianual estableció como meta presupuestal multianual para el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables la previsión de adquisición de 222,107 kits de abrigo cada año iniciando el 2019 con esa cantidad, sin embargo, conforme se observará, por restricciones presupuestales del sector MIMP, la cantidad fue decreciendo en 2020 con 21,380; el año 2021 con 15,551 kits de abrigo y respecto al año 2022 fueron 65,864 kits de abrigo:

Figura N° 4
Kits de abrigo 2019



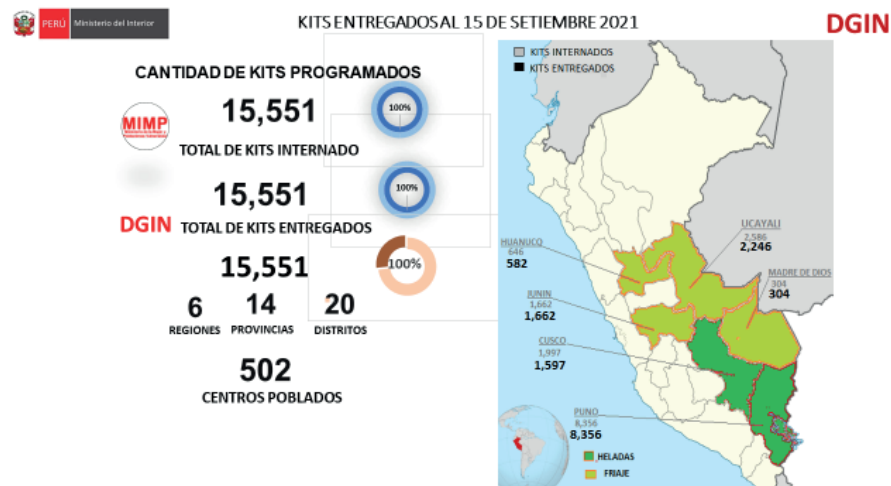
Fuente Dirección General de Gobierno Interior.

Figura N° 5
Kits de abrigo año 2020



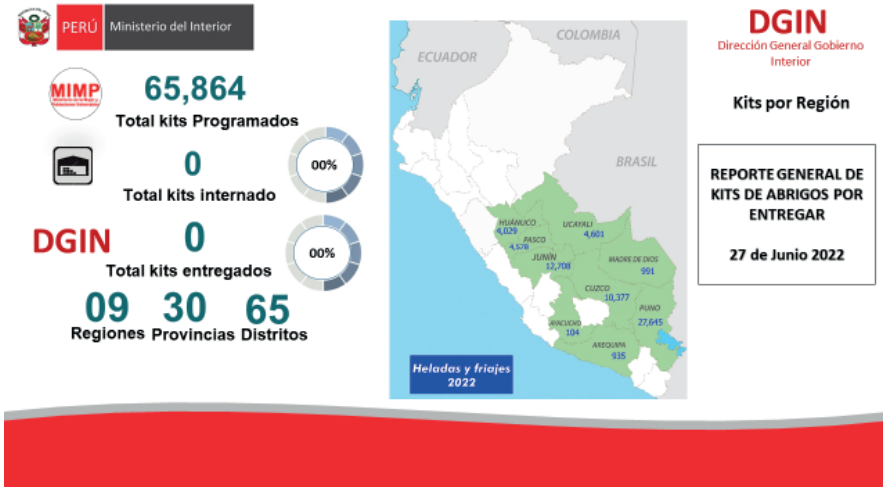
Fuente Dirección General de Gobierno Interior.

Figura N° 6
Kits de abrigo año 2021



Fuente Dirección General de Gobierno Interior.

Figura N° 7
Kits de abrigo año 2022.



Fuente Dirección General de Gobierno Interior.

Para destacar el compromiso de las autoridades políticas, cabe precisar que la labor de entrega de los kits de abrigo no se interrumpió por parte de los Prefectos, Subprefectos y Tenientes Gobernadores, durante la pandemia del COVID-19. Para acreditar ello se adjunta muestras fotográficas correspondientes a los años 2019, 2020 y 2021:

Figura N° 8
Muestra Fotográfica 1



Fuente Dirección General de Gobierno Interior.

Figura N° 9
Muestra Fotográfica 2



ENTREGA DE KITS DE ABRIGO AÑO 2020: Condoruri – El Collao – Puno



Fuente Dirección General de Gobierno Interior.

Figura N° 10
Muestra Fotográfica 3



ENTREGA DE KITS DE ABRIGO AÑO 2021: Pangoa – Satipo – Junín



Fuente Dirección General de Gobierno Interior.

Respecto a la descentralización considero que se ha implementado con más vehemencia que con planificación, para cuyo efecto, observemos que, el año 2002 se impulsó el proceso, mediante la promulgación de las Leyes N° 27783 - Ley de Bases de la Descentralización - y N° 27867 - Ley Orgánica de Gobierno Regionales - decidiendo en esa oportunidad regionalizar el país, a esto se sumó la política descentralista del segundo gobierno de Alan

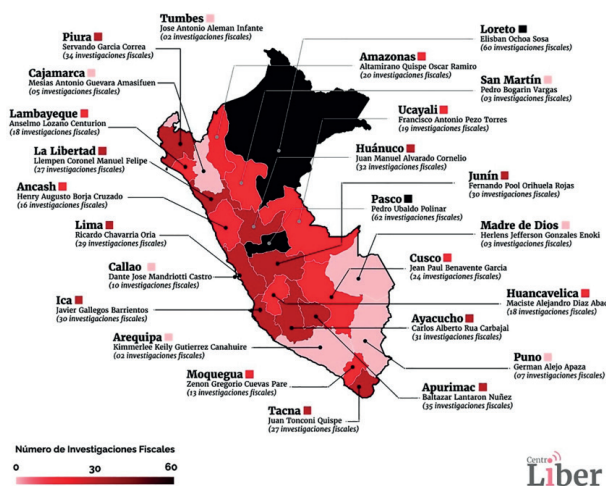
García, que fue más gesto político que reforma pensada, la misma que aceleró la transferencia de funciones – sin mediar capacitación de los funcionarios y técnicos de los gobiernos locales y regionales. Este recorrido de la descentralización pasa además por el lanzamiento y aplicación del Programa de Presupuesto por Resultados, con la promulgación de la Ley N°28411, y Plan de Mejora de la Gestión Municipal, con Ley N° 29332. De este modo la descentralización se encuentra en la agenda política aparentemente de manera permanente, pero sin evolucionar ordenadamente, pues considero que las acciones obedecen a gestos políticos más que a una estrategia de articulación y soporte gubernamental.

Por otro lado, según fuente de Centro Liber **advierte en el cuadro siguiente:**

un total de 557 investigaciones fiscales activas contra los gobernadores regionales, de los cuales el 70% involucra delitos de corrupción. Los 25 gobernadores regionales del Perú cuentan con un mínimo de dos hasta un máximo de 62 investigaciones fiscales activas. Este registro fue elaborado con información obtenida del Sistema Informático de Consulta de Casos a Nivel Nacional del Ministerio Público, al cual se accedió mediante la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública”. (2022)

Figura N° 11
Investigaciones Activas contra Gobernadores Regionales.

INVESTIGACIONES ACTIVAS CONTRA GOBERNADORES REGIONALES



Fuente: Grupo Liber – Información del Ministerio Público.

En consecuencia, se considera que es necesario la incorporación del ente “Prefectura” a nivel constitucional como representante del ejecutivo a nivel nacional, implementándola de profesionalismo y meritocracia de sus integrantes, con funciones de representación, articulador entre los tres niveles de gobierno que garantice una supervisión de la correcta ejecución de las políticas de gobierno a través de la verificación de la ejecución de obras y servicios (con recursos transferidos del gobierno central) en cada circunscripción del país, como la verificación de los programas sociales entre otros, sin contraponer funciones con la Contraloría General de la República, ni Organismos Reguladores, sino como el modelo francés al que cito en el presente artículo.

Este ente constitucional que se propone debe canalizar la demanda ciudadana de manera efectiva para que sea plasmada en políticas públicas que coadyuven con canalizar la demanda ciudadana en pro de la satisfacción de sus necesidades, teniendo como prioridad a la población más vulnerable y de zonas alejadas del país, y se evitaría insulsos e infructuosos gastos del erario nacional en por ejemplo, consejo de ministros descentralizados que trasladan al Presidente de la república y su Consejo de Ministros en Plenos, Asesores y equipos técnicos a provincias del Perú sin resultados concretos, por lo contrario los representantes del ejecutivo estarían de manera permanente en cada región, provincia y distritos (además centro poblado como ahora), pero con una regulación Constitucional y reglamentaria que eficiente el Estado y los servicios que presta.

Finalmente, se debe reconocer que la tendencia actual, que contrasta con la propuesta del suscrito, es la extinción de las Prefecturas, propugnada actualmente por el Grupo Parlamentario Fuerza Popular el Congreso de la República, que con fecha 23 de agosto de 2022 presentaron el Proyecto de Ley N°2882/2022-CR – Ley que dispone la eliminación de los cargos de Prefectos Regionales, Subprefectos Provinciales y Subprefectos Distritales, como Autoridades Políticas designadas a cargo del Ministerio del Interior – que se sustenta básicamente en que las funciones de las autoridades políticas colisionarían con las funciones de los gobierno locales y con la propia descentralización; sin embargo el suscrito ha desarrollado en el presente trabajo el sustento que aclara tal posición.

En relación a lo expuesto, es innegable el mal empleo que el Gobierno de Castillo Terrones le dio a las autoridades políticas hecho que fue duramente cuestionado por parte de un sector del Congreso de la República, señalando que se convirtieron en portátiles políticas, o a decir de la legisladora Diana Gonzáles (Expreso, 2022) “agencia de empleos, se advierte que dichas personas realizan un trabajo político e ideológico a favor de grupos afines al gobierno, paralelo al de las autoridades elegidas con el voto popular” en relación a los Prefectos y Subprefectos. Esta percepción que, no deja de

tener razón en la realidad, propiciada por el mal direccionamiento del sector interior actualmente, pues las autoridades políticas (prefectos y subprefectos) ahora son un órgano desconcentrado del Ministerio del Interior, a cargo de la Dirección General de Gobierno Interior, que a su vez es un órgano de línea del Viceministerio de Orden Interno. Y lamentablemente han desnaturalizado y dejado de lado sus funciones atribuidas en el Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio del Interior (aprobado por Resolución Ministerial N°1520-2019-IN) que son contribuir con el orden público, orden interno, seguridad ciudadana y coadyuvar con el cumplimiento de las políticas públicas, entre otros. Sin embargo, esta apreciación merece un análisis más profundo de naturaleza jurídico constitucional a fin de considerar la pretendida extinción o reincorporación constitucional de las Prefecturas.

VI. Del contexto actual y regulación normativa vigente que viabiliza la reincorporación Constitucional de la Prefectura, incorporación a Presidencia de Consejo de Ministros y cumplimiento de requisitos de Unidad Ejecutora.

Las Prefecturas actualmente son Órganos Desconcentrados del Ministerio del Interior, tienen como función entre otras, la Gobernabilidad y Paz Social, son dirigidos por los Prefectos Regionales que representan al Ejecutivo, son cargos de confianza, son designados por Resolución Suprema firmada por el Presidente de la República, refrendada por el Ministro del Interior a propuesta del Viceministerio de Orden Interno y dependen de la Dirección General de Gobierno Interior que es un órgano de línea del Viceministerio de Orden Interno del Ministerio del Interior. (Artículos 159, 160 y 161 del Texto Integrado del Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio del Interior aprobado por Resolución Ministerial N°1520-2019-IN). Este contexto normativo traduce la articulación incipiente (que podría optimizarse con la reincorporación Constitucional) de los Prefectos con el Ejecutivo, vale decir que se ha producido un cisma real entre la labor y producción de los Prefectos Regionales y Subprefectos, con el Presidente de la República, la Presidencia del Consejo de Ministros y sectores.

Los Prefectos Regionales conforme sus atribuciones establecidas en el Texto Integrado del Reglamento de Organización y funciones del Ministerio del Interior coadyuvan con el ejecutivo en el cumplimiento de las políticas públicas; coordinan con la sociedad civil, organizaciones vecinales, programas sociales entre otros; sin embargo, la información producida por estas autoridades políticas “Prefectos”, no es canalizada adecuadamente al ejecutivo (por la restricción normativa que enmarca sus funciones) lo que impide una mejor toma de decisiones en favor de la ciudadanía.

Conforme se observa, la incongruencia normativa respecto a la condición de los Prefectos que son designados directamente por el Señor Presidente

de la República para que lo representen, pero, sin embargo dependen de un Director General cuya designación la suscribe el Ministro del Interior; es un aspecto legal, que no solo es incongruente, sino, pone de manifiesto la desatención y falta de fortalecimiento de las Prefecturas, para poder articularse con el Ejecutivo, máxime si se tiene en cuenta su función que es garantizar la presencia del Estado en todo el territorio nacional, recoger información de todo el país, priorizando las necesidades de la población para contribuir con la inclusión social; otorgar garantías para preservar el orden público y la integridad física; garantizar el correcto desarrollo de las promociones comerciales, rifas con fines sociales y colectas públicas a nivel nacional; coadyuvar, facilitar y colaborar la verificación del cumplimiento operativo de las políticas de estado en lo que respecta la finalidad de los programas sociales de competencia de los diferentes sectores del Gobierno Nacional, especialmente en las zonas donde el único representante del Estado es la autoridad política designada; prevenir la conflictividad social y participar activamente en los comités de seguridad ciudadana, como en la gestión del riesgo de desastres.

En el contexto señalado, y considerando la amplitud funcional de las Prefecturas Regionales, se evidencia además que requieren de fortalecimiento institucional, lo que no es viable, al permanecer en el sector interior, pues limita su accionar, máxime que constituyen “órganos desconcentrados” de la Dirección General de Gobierno Interior del Viceministerio del Orden Interno del Ministerio del Interior.

Para hablar de fortalecimiento, es ineludible recurrir a la Política Nacional de Gestión Pública aprobada por Decreto Supremo N°004-2013-PCM que considera que los resultados económicos logrados por el país deben ir de la mano con los servicios de calidad que debe brindar el Estado a la población que coadyuve con una mejor calidad de vida. En consecuencia, la modernización de la gestión pública orientada al ciudadano obliga a los servidores y funcionarios públicos asumir ese compromiso.

En ese contexto, para responder al ciudadano de forma eficaz y efectiva, se postula en la presente investigación, tomar en cuenta el contexto interno, para cuyo efecto el vínculo de Estado con la ciudadanía históricamente lo han ejercido las Prefecturas, que, a través de su red de subprefectos provinciales, subprefectos distritales y tenientes gobernadores de cada centro poblado del país, recogen de primera mano las necesidades de la población. Por lo expuesto se considera que, el camino hacia la modernización propugnado por la Política de Estado, debe considerar el fortalecimiento de las Prefecturas a través de la Presidencia del Consejo de Ministros.

Para identificar la importancia del **fortalecimiento** de las Prefecturas hoy en día, podemos hacer referencia a ciertas condiciones de las que adolecen

las instituciones y requieren atención por vocación de mejorar la gestión pública por parte del Estado, como política pública:

La Ley Orgánica del Poder Ejecutivo (LOPE) señala como una de las competencias de la PCM la siguiente: *“Formular, aprobar y ejecutar las políticas nacionales de modernización de la Administración Pública y las relacionadas con la estructura y organización del Estado, así como coordinar y dirigir la modernización del Estado”*.

En este desarrollo de la problemática, su causa, consecuencia y el ámbito legal expuesto, es necesario plantear una **propuesta**. Sobre la base de la Ley Marco de Modernización de la Gestión del Estado, aprobada por Ley N° 27658, que declara al Estado Peruano en proceso de modernización en sus diferentes instancias, dependencias, entidades, organizaciones y procedimientos, atendiendo lo expuesto, se sustenta la necesidad de fortalecer la condición normativa de las Prefecturas.

Atendiendo el estado situacional y sustento expuesto, se propone la reincorporación Constitucional de la Prefectura y su incorporación legal como una Unidad Ejecutora adscrita la Presidencia del Consejo de Ministros.

VII. Conclusiones

1. El tránsito de la etapa Virreinal y de la Independencia al periodo de la construcción de la nueva República del Perú en el primer tercio del siglo XIX, conllevó a instaurar un nuevo modelo administrativo y jurídico en el territorio, para fortalecer Constitucionalmente la nueva estructura de gobierno y formalizar el poder. Se transitó de las intendencias borbónicas, a Presidencia de departamento, hasta la creación Constitucional de la Prefectura (que tiene como fuente inmediata la experiencia española y como fuente original a Francia), dentro de un debate entre Liberalistas y Conservadores, siendo incluso un trampolín político para llegar a ocupar la Presidencia de la República.
2. En el siglo XX, con la Constitución de 1933 concluye la regulación a nivel Constitucional de la institución Prefectura en relación y coexistencia con los otros niveles de gobierno. A partir de ello, por necesidad de la población, posición política de partidos políticos emergentes, y la realidad nacional, la tendencia de sistema de gobierno centralista fue virando hacia una vocación descentralista –como fin superior del Estado- fue consolidándose de manera declarativa en las Constituciones de 1979 y 1993, sin que eso significara en la práctica un sistema articulado de los tres niveles de gobierno (central, regional y local) que conlleve a canalizar una efectiva y real demanda ciudadana que se plasme en políticas públicas en favor de las grandes mayorías, hecho que se comprueba actualmente en pleno siglo XXI con un fracaso descentralista al tomar solamente

dos indicadores de medición que sería la ejecución presupuestal de los gobiernos regionales y locales y el número de gobernantes investigados y procesados por corrupción. Es pues en este contexto que se propone el debate de la reincorporación constitucional de la Prefectura que desarrollaré más adelante.

3. La articulación del Ejecutivo a través de la Prefectura con los tres niveles de gobierno se realiza actualmente de manera incipiente, por la restricción normativa actual, pues la Prefectura y Subprefecturas, actualmente son Órganos Desconcentrados del Ministerio del Interior, son designados por Resolución Suprema firmada por el Presidente de la República, refrendada por el Ministro del Interior a propuesta del Viceministerio de Orden Interno y dependen de la Dirección General de Gobierno Interior que es un órgano de línea del Viceministerio de Orden Interno del Ministerio del Interior. Sin embargo, pese a esta restricción normativa la articulación con los tres niveles de gobierno es sumamente significativa, teniendo como prioridad fundamental mejorar la calidad de vida de la población, en especial la más vulnerable y de las zonas más alejadas e inaccesibles de nuestro país (donde la única autoridad y representante del Estado es el Subprefecto o Teniente Gobernador), de este modo se contribuye con la ejecución de los planes, programas y acciones en beneficio de la población (como su participación en el Plan Multisectorial ante heladas y Friaaje en el que tiene la responsabilidad de efectuar la entrega de kits de abrigo a la población más vulnerable de distritos alejados del país afectados por estos eventos climatológicos).
4. La Prefectura es coadyuvador de las políticas públicas del Estado con la población (sin embargo, actualmente se desarrolla óptimamente, en solo una dirección, vale decir canaliza la Política Pública del Estado hacia la población, pero el retorno, que se traduce en canalizar la demanda ciudadana de la población hacia el estado - como primer contacto directo del Estado con la población - se realiza con limitaciones por las restricciones normativas actuales), y es un argumento importante que sustenta la reincorporación Constitucional de la Prefectura (dentro del proceso de modernización del Estado y normativa vigente) para lograr la armonía del feedback o retroalimentación de un diseño y ejecución de políticas públicas en favor de nuestros ciudadanos. Lamentablemente en la actualidad solamente son gestos de gobierno el contacto con la población, por medio de los famosos Consejos de Ministros descentralizados que recogen supuesta y eventualmente la demanda ciudadana in situ.

Referencias Bibliográficas

- Alva, L. (30 de Agosto de 2020). *Faustino Sánchez Carrión en defensa de la Patria*. Congreso de la república / Publicaciones: <http://www4.congreso.gob.pe/congresista/2001/alva/publicacion/EndefensadelapatriaJFSC.pdf>
- Basadre, J. (1984). *Perú: Problema y Posibilidad*. Ed. 3ra. Cotecsa.
- Burgueño, j. (2020). *DIALNET - cebtro de Estudios Políticos y Constitucionales Madrid 1996*. En: Las Prefecturas de 1810. Libro de Geografía Política de la España Constitucional.: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3987208.pdf>
- Chapman, B. (1960). *Los Prefectos y la Francia provincial*. En Documentación bibliográfica. Nº 31, 06. URL: <https://revistasonline.inap.es>
- Cotler, J. (2006). *Clases, Estado y Nación en el Perú*. Ed. 3ra. Instituto de Estudios Peruanos.
- Constituyente. (1979). *Biblioteca del Congreso de la República "César Vallejo"*. En: Diario de los debates 1978-1979. URL: <https://www.congreso.gob.pe/biblioteca/diariodebates/1979/>
- CONVOCA. (2020). *CONVOCA*. En Montesinos, Erick - COVID-19. Regiones con más infectados están por debajo del 25% de ejecución presupuestal: <https://convoca.pe>
- Enterría, G. d. (2020). *Resumen*. En: Los Prefectos y la Francia Provincial de Briam Chapman. Instituto de Estudios Políticos Madrid 1959. URL: <https://revistasonline.inap.es/index.php/DA/article/view/1458/1513>
- Expreso, D. (10 de Octubre de 2022). Agencia de Empleos. *Diario Expreso*, 1-4.
- García, D. (1979). *Descentralización en el Perú actual*. La nueva Constitución al alcance de todos. URL: https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/lus_et_Praxis/article/download/3317/3273/
- García, D. (1993). *Las Constituciones del Perú*. Ediciones Ministerio de Justicia.
- García, D. (s.f.). *La Influencia Española en la Constitución Peruana - e-Spacio. e-Spacio*. Recuperado en junio de 2022. URL: <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:Derechopolitico-1982-1983-16-208DBABC/PDF>
- Ley Marco de Modernización de la Gestión del Estado, aprobada por Ley Nº 27658.
- Liber, C. (12 de agosto 2022). *Los expedientes fiscales de los gobernadores*. centroliber.pe. URL: <https://centroliber.pe/es/especiales/los-expedientes-fiscales-de-los-gobernadores>
- (2022). *Proyecto IPYS que promueve el acceso a la información pública, con el propósito de reducir los índices de corrupción*. centroliber.pe. URL: Obtenido de <https://centroliber.pe/es/especiales/los-expedientes-fiscales-de-los-gobernadores>
- Martínez, I. (2009). *Acciones de sendero Luminoso en el Perú 1980-1990*. República Bolivariana de Venezuela: Universidad Pedagógica Experimental Libertador Bolívar.
- Morse, R. (1999). *El Espejo de Próspero: Un estudio de la dialéctica del nuevo mundo*. Siglo XXI Editores.
- Ossorio, M. (30 de Agosto de 2020). *Herrera Peñaloza*. Biblioteca Diccionario de Ciencias Jurídicas: URL: <http://www.herrerapeñaloza.com/imagenes/biblioteca/Diccionario-de-Ciencias-Jurídicas-Políticas-y-Sociales-Manuel-Ossorio.pdf>
- Paniagua, V. (2003). *La Constitución de 1828 y su proyección en el constitucionalismo peruano* (Vols. Historia Constitucional, 4.
- Peralta, V. (2016). *De Prefectos a Mandatarios de la Nación: La Violencia en la política Peruana (1829-1836)*. *Revista de Indias, LXXVI*(266), 175.
- PCM-SG. (2016). *Identificación y análisis de las tendencias en materia de modernización de la gestión pública con una visión a 2030*. Bravo Publicidad SAC. URL: <https://www.gob.pe/>

[institucion/pcm/informes-publicaciones/3040857-identificacion-y-analisis-de-las-tendencias-en-materia-de-modernizacion-de-la-gestion-publica-con-una-vision-a-2030](#)

PÚBLICO, O. (2020). *OJO PÚBLICO*. En: Red Investigativa Regional. URL: <https://ojo-publico.com/1798/los-14-hospitales-paralizados-por-sospechas-de-corrupción>

Serrafero, M. (2020). *Presidencialismo y Reforma Política en América Latina*. En Instituto Universitario Ortega y Gasset. DIALNET. URL: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1050870>

Tuesta, F. (1995). *Sistemas de partidos políticos en el Perú: 1978-1995*. Fundación Friedrich Ebert.

INVESTIGACIONES NACIONALES

Análisis de la Tipificación de Infracciones y Sanciones Administrativas en la legislación farmacéutica comparada en Perú - Latinoamérica

Analysis of the classification of infractions and administrative sanctions in comparative pharmaceutical legislation in Peru - Latin America

Mery Aquino Comun

Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, Perú

<https://orcid.org/0000-0003-4574-9237>

mery.aquino@unmsm.edu.pe

Presentado: 14/04/2023 - Aceptado: 23/12/2023 - Publicación: 30/12/2023

Resumen

En este artículo se analiza la tipificación de infracciones y sanciones administrativas según Ley No. 29459 que establece la regulación de productos farmacéuticos, dispositivos médicos y productos sanitarios en Perú, comparándolo con diferentes normativas de Latinoamérica, aunque no se considera todos los países, si los suficientes como para evidenciar las coincidencias y distinciones jurídicas sobre el problema, es así que se compara con la ley de medicamentos de Paraguay, Nicaragua, El Salvador, Panamá y Venezuela, a fin de evidenciar si se vulneran los principios de legalidad y tipicidad contenidos en el Art. 2, numeral 24), sección d) de nuestra Carta Magna de 1993. Se aplicó la investigación cualitativa, observacional. Como resultado, se obtiene que la Ley No. 29459 de Perú transgrede dichos principios, porque no define las conductas infractoras, no las califica según su gravedad, no vincula las conductas infractoras con la sanción, tampoco establece los máximos y mínimos de multas, delegando tales acciones a reglamentos con un alto margen de discrecionalidad de la entidad pública traducida en arbitrariedad a diferencia de varios países de Latinoamérica, por lo que se propone incorporar en la Ley No. 29459 la tipificación de infracciones, su calificación y graduación de sanciones.

Palabras clave: Infracciones, sanciones, legislación farmacéutica, medidas de seguridad, establecimientos farmacéuticos.

Abstract

This article analyzes the classification of infractions and administrative sanctions according to Law No. 29459 that establishes the regulation of pharmaceutical products, medical devices and health products in Peru, comparing it with different regulations in Latin America, although not all countries are considered, if the sufficient to demonstrate the coincidences and legal distinctions on the problem, so it is compared with the drug law of Paraguay, Nicaragua, El Salvador, Panama and Venezuela, in order to demonstrate if the principles of legality and typicity contained in Art. 2, numeral 24), section d) of our Magna Carta of 1993. Qualitative, observational research was applied. As a result, it is obtained that Law No. 29459 of Peru transgresses said principles, because it does not define the infringing conducts, it does not classify them according to their seriousness, it does not link the infringing conducts with the sanction, nor does it establish the maximum and minimum fines, delegating such actions to regulations with a high margin of discretion of the public entity translated into arbitrariness unlike several Latin American countries, for which it is proposed to incorporate in Law No. 29459 the classification of infractions, their qualification and graduation of sanctions.

Keywords: Infractions, sanctions, pharmaceutical legislation, security measures, pharmaceutical establishments.

I. Introducción

En el Perú, el derecho a la salud es un derecho social garantizada por herramientas jurídicas que, desde el campo del derecho administrativo sancionador, este país sanciona a las personas jurídicas o naturales, involucradas en diferentes fases del servicio sanitario, y en especial a los que prestan servicios farmacéuticos, tema que se aborda en este artículo partiendo de la tipicidad de conductas infractoras y sanciones predeterminadas en la legislación farmacéutica o ley de medicamentos.

Para que la entidad pública aplique una sanción, se debe cumplir una serie de parámetros prelativamente observados en la Carta Magna y normas con rango de ley; es decir que, para sancionar a un administrado debe hacerlo advirtiendo tres elementos fundamentales: la comisión de una infracción administrativa, para ella se requiere el presupuesto de la conducta tipificada como infracción en una norma con rango legal (es decir rango de ley), la sanción que se le vincula como consecuencia de la conducta y un procedimiento administrativo sancionatorio, en aras de garantizar los derechos fundamentales del administrado infractor y el interés general (Del Castillo, 2011, p. 84).

En esa línea, se pretende analizar si la ley de medicamentos en el Perú cumple con principios constitucionales como la legalidad y tipicidad consagrada por el Art. 2), numeral 24), sección d) de la constitución vigente, que señala: “nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al

tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley” (Congreso Constituyente Democrático, 2022, p.16).

Sobre los principios de legalidad y tipicidad como garantías del proceso sancionatorio en sede administrativa, el Tribunal Constitucional (TC), ha resuelto varios casos, entre ellas: Exp. No. 00156-2012/PHC/TC., emitida el 08 de agosto 2012, donde se conoció un recurso de agravio constitucional, en su fundamento 7 sostiene que: “los principios de culpabilidad, legalidad, tipicidad y otros, constituyen principios esenciales del derecho sancionador, que no sólo se aplican en el ámbito penal, sino también en el ámbito administrativo sancionador” (Tribunal Constitucional, 2012, p. 6).

Asimismo, el subprincipio de tipicidad o taxatividad es otra expresión del principio de legalidad, dirigida al legislador penal o administrativo, para que las normas que prohíben conductas y determinen sanciones penales o administrativas se construya con la precisión suficiente para permitir que cualquier ciudadano con formación básica pueda entender fácilmente lo que está prohibido o es ilegal, argumento encontrado en el fundamento 9 del Exp. No. 00156-2012/PI/TC (Tribunal Constitucional, 2012).

Siguiendo la misma jurisprudencia para este principio se exige una definición precisa de la conducta que la norma con categoría de ley reconoce como delito o falta, es decir, la ambigüedad en la determinación de los elementos de la conducta imputada no puede llevar a una violación de este principio, incluso en el plano corporativo, el acto considerado como falta debe estar claramente definido y consignado en el estatuto de la persona jurídica (Tribunal Constitucional, 2012).

En otra decisión jurisprudencial plasmada en Exp. No. 0020-2015/PI/TC, el 25 de abril 2018, respecto a la inconstitucionalidad de la Ley No. 29622 que reforma la Ley No. 27785 del sistema nacional de control y de la Contraloría General de la república (CGR), el tribunal constitucional, en su fundamento 38 ha señalado que: “en un estado constitucional, la imposición de sanciones sólo será considerada válida si éstas reprimen una conducta prevista de manera previa, expresa y precisa en una norma con rango de ley” (Tribunal Constitucional, 2018, p.14), en caso contrario, la persona sancionada tendría dificultades para conocer los hechos imputados en su contra, y esto limitaría sus capacidades de defenderse en procedimientos administrativos sancionatorios.

En su fundamento 41 también ha sostenido que: se vulnera el principio de legalidad en sentido estricto si una persona es condenada o sancionada por un delito o infracción no prevista expresamente en una norma con rango de ley, del mismo modo

se vulnera el subprincipio de tipicidad cuando, pese a que la infracción se encuentre prevista en una norma con rango de ley, la descripción de la conducta infractora no cumple con estándares mínimos de precisión (Tribunal Constitucional, 2018, p.15).

El Tribunal Constitucional, también ha interpretado el inciso 4 del Art. 248° del Texto Único Ordenado (TUO) de la Ley No. 27444 Ley de Procedimiento Administrativo General (LPAG), autorizado por Decreto Supremo No. 004-2019-JUS, que subraya lo siguiente: solo los actos considerados como infracción en preceptos con categoría de Ley, pueden ser sancionados por el derecho administrativo, por calificarlas de manera que no permitan una interpretación amplia o una analogía. “Los reglamentos pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas reprochables a las previstas legalmente, salvo que la ley o Decreto Legislativo permita tipificar infracciones por norma reglamentaria” (Tribunal Constitucional, 2018, p.15).

Para el Tribunal Constitucional en el Exp. No. 00002-2021/PI/TC., 2022 en el fundamento 16, establece que en el plano del derecho administrativo sancionatorio por delegación legal, “los reglamentos pueden especificar o graduar infracciones que se encuentran debidamente predeterminadas en la ley” (Tribunal Constitucional, 2022, p.12); pero, nada puede justificar la determinación de comportamientos prohibidos sin apropiado base legal, o que al procurar desarrollar exigencias legales generales o indeterminadas, acaben instituyendo nuevas conductas de manera arbitraria

En la misma jurisprudencia este Tribunal en el fundamento 16 expresa que, el principio de legalidad en el campo sancionatorio limita a la entidad pública imputar a un ciudadano la consumación de una conducta prohibida y sanción, cuando estas no se encuentran previamente definidas o especificadas en una ley, pues “ el principio de legalidad impone tres exigencias: la existencia de una ley (lex scripta), que la ley sea anterior al hecho sancionado (lex previa) y que la ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado (lex certa)” (Tribunal Constitucional, 2022, p. 12)

Por su lado, nuestra Suprema Corte de Justicia del Perú (CSJ) en la resolución casatorio No. 25311-2018-Lima, del 13 de abril 2021, donde se conoció un recurso interpuesto por Telefónica del Perú por transgresión al principio de tipicidad, razonabilidad y legalidad establecidas en el Art. 248° del TUO de la LPAG, en el fundamento quinto, sostiene: “el principio de legalidad permite que solo por una norma con rango de ley, una entidad pública puede sancionar a un administrado” (Corte Suprema de Justicia, 2021, p. 9); se cumple el principio de razonabilidad cuando la pena a ser aplicada guarda la debida proporción con la infracción cometida, lo cual debe hacerse aplicando un conjunto de criterios de gradualidad; mientras que, el principio

de tipicidad, se cumple cuando los hechos punibles administrativamente se hallan predeterminadas en preceptos de categoría de Ley (Corte Suprema de Justicia, 2021).

Teniendo en cuenta los fundamentos jurídicos sostenidos por el TC y la CSJ respecto a la tipificación de infracciones y sanciones en normas con categoría de Ley, se procede a analizar la Ley No. 29459 de productos farmacéuticos, dispositivos médicos y productos sanitarios de 2009, comparándola con la ley de medicamentos de otros países como Paraguay, Nicaragua, El Salvador, Panamá y Venezuela.

II. Competencia sancionadora de la entidad pública en materia farmacéutica

En este apartado se analiza la legalidad de la competencia sancionadora de la autoridad sanitaria reguladora del Perú, recogidos en los Arts. 44° y 45° de la Ley No. 29459, haciendo una comparación con la competencia sancionadora de las autoridades reguladoras de Paraguay, Nicaragua, El Salvador, Panamá y Venezuela.

En **Perú**, conforme al Art. 44° de la Ley No. 29459, la responsabilidad de autorizar y fiscalizar la operatividad de los establecimientos farmacéuticos esta compartida entre las Direcciones Integradas de Salud (DIRIS), la Autoridad Nacional de Medicamentos (ANM), Autoridad Regional de Salud (ARS) y Autoridad Regional de Medicamentos (ARM). Sin embargo, conforme al artículo 45°, la facultad para aplicar sanciones y medidas de seguridad a los establecimientos que infrinjan la Ley recae solamente en la ANM y ARM, dejando, sin facultad de sancionar a los órganos desconcentrados, lo que demuestra una deficiencia de la ley (Congreso de la República, 2009).

Posteriormente, esta deficiencia fue completada mediante Resolución Ministerial No. 467-2017-MINSA el 16 de junio 2017, que aprobó una Guía de trabajo para Redes Integradas de Salud (DIRIS) en Lima Metropolitana, a través de ello, el Ministerio de Salud (MINSA) otorga competencia sancionadora a las DIRIS, observándose una manifiesta infracción al principio de legalidad contemplada según Art. 248 del TUO de la LPG, donde señala que solo por un precepto con categoría de Ley corresponde otorgar facultad punitiva a una entidad pública.

En **Paraguay**, la Ley No. 1.119 Ley de medicamentos del 10 de octubre de 1997, en el Art. 2° establece que, el Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social (MSPBS), es el organismo nacional de salud responsable de vigilar que se cumplan las exigencias de esta ley, sancionando a los infractores en todo el territorio de la República paraguaya. En su Art. 3 recoge la creación de una Dirección Nacional de Vigilancia Sanitaria (DNVS), adscrita al MSPBS, con autonomía administrativa y financiera, como órgano ejecutor de la presente

ley; sin embargo, la facultada sancionadora recae únicamente en el organismo nacional de salud. (Congreso de la Nación Paraguaya, 1997).

En **Nicaragua** la Ley No. 292 Ley de medicamentos y farmacias del 16 abril de 1998, conforme a los artículos 3°, 89° y 96°, el Ministerio de Salud es la autoridad encargada para implementar, ejecutar y vigilar que se cumplan las exigencias de esta ley, sancionando a los infractores. En este caso, la facultad fiscalizadora y sancionadora recae en el ministerio de salud como única autoridad con facultades para sancionar a los infractores de la ley (Asamblea Nacional de la Republica de Nicaragua, 1998).

En **El Salvador**, el Decreto No. 1008 Ley de medicamentos de febrero 2012, en su artículo 3° faculta a la Dirección Nacional de Medicamentos (DNM) como autoridad con autonomía funcional, financiero, administrativo y presupuestario responsable de vigilar que se cumplan las exigencias dispuestas en esta ley; no obstante, el artículo 11° señala que la potestad sancionadora recae en la Dirección Ejecutiva dependiente de la DNM, quien impone las sanciones administrativas a los que las quebrantan. A diferencia de Paraguay y Nicaragua, la facultad sancionadora recae en una dirección ejecutiva dependiente de la DNM (Asamblea Legislativa de la Republica de El Salvador, 2012).

En **Panamá**, la Ley No. 1 Ley de Medicamentos y otros Productos para la Salud Humana del 10 de enero 2001, en su artículo 9° establece que la facultad de control y supervisión sanitaria a las empresas autorizadas es competencia de la Dirección Nacional de Farmacia y Drogas (DNFD) del Ministerio de Salud, quienes aplican las sanciones correspondientes a los infractores. Se observa una similitud con la ley salvadoreña, en tanto la potestad sancionadora recae en la dirección especializada dependiente de la autoridad de salud (Asamblea Legislativa, 2001).

En **Venezuela**, la Ley de medicamentos del 03 de agosto del 2000, en su artículo 76° dispone que el Ministerio de Salud y Desarrollo Social es el órgano facultado para hacer cumplir las exigencias dispuestas en esta Ley y sus reglamentos, aplicando la sanción pertinente a los que las infrinjan, previa instrucción del respectivo expediente, observándose una similitud con las disposiciones de la ley de Nicaragua y Paraguay (Comisión Legislativa Nacional, 2000).

Como es de observar, diferente a otros países en Perú, la potestad fiscalizadora y sancionadora a los establecimientos farmacéuticos esta fragmentada en diferentes niveles de autoridades; así tenemos a la DIGEMID como autoridad nacional de medicamentos (ANM) dependiente del MINSA, con competencia para fiscalizar y sancionar a los laboratorios, almacenes especializados y droguerías de Lima Metropolitana, en tanto, las oficinas

farmacéuticas de Lima, están a cargo de las DIRIS, y las droguerías, boticas y farmacias de las regiones, a cargo de los órganos descentralizados con autonomía para aplicar sanciones, lo que en la práctica se torna en sanciones divergentes ante una misma conducta infractora.

III. Medidas de seguridad sanitaria aplicables en el proceso de fiscalización de los establecimientos farmacéuticos

Las medidas de seguridad son aquellas medidas provisionales y de prevención que la autoridad sanitaria aplica y ejecuta de manera inmediata cuando a su juicio considera que existe una sospecha razonable de que un comportamiento del administrado o los medicamentos representan una amenaza directa y grave para la salud y vida de la ciudadanía, y se imponen independientemente de la sanción correspondiente por las mismas conductas que las motivaron.

En **Perú**, el artículo 49° de la Ley No. 29459, recoge como medidas de seguridad: a) inmovilizar, incautar y destruir producto, material, equipo o maquinaria, b) aislar producto e insumo, c) retirar productos de circulación, d) suspender el proceso de fabricación en cualquier etapa, e) suspender y cancelar el Registro Sanitario (RS), Certificado de Registro (CRS) o Notificación Sanitarios Obligatoria (NSO), f) cerrar provisionalmente el establecimiento, y j) emitir alertas de advertencia a la comunidad respecto al peligro para la salud (Congreso de la República, 2009).

Pese a establecer las medidas de seguridad, no tipifica las conductas consideradas como infracción que podrían merecer la aplicación de una u otra medida sanitaria, dejando a la discreción de las autoridades fiscalizadoras, quienes deberán determinar in situ según su criterio cual conducta merece una u otra medida, lo que demuestra una facultad sin límites por parte de la entidad pública que en la práctica vulneran los derechos del administrado.

En **Paraguay**, conforme al Art. 42° de la Ley No. 1.119, las medidas de seguridad aplicables son: a) la puesta en cuarentena, el retiro de productos del mercado, la suspensión de actividades, clausura provisional del establecimiento, b) suspender la producción, prescripción, comercialización y distribución de productos en fase de ensayos clínicos, y c) publicidad en medios apropiados sobre la amenaza para la salud pública; no obstante, la duración de la acción de la medida tomada no debe exceder el tiempo de eliminación de la situación de peligro inminente y grave que la justifique (Congreso de la Nación Paraguaya, 1997).

A diferencia del caso peruano, la ley paraguaya no contempla como acción de medida el incautar y destruir productos, suspender y cancelar registros sanitarios, tampoco define las conductas infractoras que conllevarían a imponer medidas sanitarias; sin embargo, la duración de la medida estaría supeditada a la desaparición del peligro apremiante que las derivó.

Mientras que, en **Nicaragua** el artículo 94° de la Ley No. 292 recoge las medidas de: a) retener recursos materiales, materias primas y productos, b) cerrar temporalmente el establecimiento, c) detener la producción, venta y servicios, d) retirar el producto del mercado; asimismo, el artículo 93° recoge el decomiso de productos farmacéuticos, materias primas e insumos médicos, que se encuentren en establecimientos no autorizados como casas particulares, bodegas o mercados (Asamblea Nacional de la Republica de Nicaragua ,1998).

La ley de Nicaragua similar a la paraguaya no contempla como medida de seguridad la suspensión y cancelación del registro sanitario, como si lo hace el caso peruano; no obstante, llama la atención el Art. 109°, porque define las conductas infractoras merecedoras de un cierre temporal como medida de seguridad, siendo estas: a) el no contar con profesional farmacéutico, b) incumplir normas sanitarias vigentes, c) falta de licencia para funcionar, d) falta de condiciones apropiadas para el almacenaje de productos, e) transgredir las normas reguladoras de psicotrópicos y estupefacientes, f) vender fraudulentamente los medicamentos, y g) por ausencia temporal o total del profesional farmacéutico sin causa justificada (Asamblea Nacional de la Republica de Nicaragua ,1998).

Es evidente que la ley de medicamentos de Nicaragua es más garantista de los principios de legalidad y tipicidad, en vista que define las conductas infractoras pasibles de aplicarse como medidas de seguridad, el cierre temporal, lo que no ocurre en la ley de medicamentos de los otros países.

En **El Salvador**, el artículo 74° del Decreto No. 1000, recoge como medidas provisionales: a) retirar productos del mercado, prohibir el uso de medicamentos, preparados farmacéuticos y oficinales, suspender actividades, cerrar temporalmente los establecimientos, b) suspender la producción, prescripción, comercialización y abastecimiento de medicinas en ensayos clínicos, y c) alertas informativas, advirtiendo los peligros para la salud (Asamblea Legislativa de la Republica de El Salvador, 2012).

Por otro lado, en **Panamá**, el artículo 175° de la Ley No. 1, recoge como medidas provisionales: a) cerrar temporalmente las instalaciones del establecimiento, b) incautar o inmovilizar medicamentos, cosméticos y otros que se encuentren en establecimientos sin cumplir las condiciones establecidas en esta ley, y c) la publicación de alertas que adviertan a la población sobre el riesgo que representa el consumo de estos (Asamblea Legislativa, 2001).

Tanto la ley salvadoreña como la panameña no han contemplado las acciones de suspensión y cancelación de registro sanitario como medidas de seguridad, Panamá, no adopta como medida sanitaria la retirada de productos

de circulación y la suspensión de actividades. En ambos casos, la ley de medicamentos no califica las conductas que conllevaría al cierre temporal del establecimiento, dejando esta medida a criterio de los fiscalizadores, al igual que en el caso peruano y paraguayo.

En **Venezuela** la ley de medicamentos no ha previsto ninguna medida sanitaria aplicables a establecimientos infractores de la ley, lo que configura también una vulneración a los principios de legalidad y tipicidad al igual que en el caso peruano (Comisión Legislativa Nacional, 2000).

IV. Tipificación de infracciones en la legislación farmacéutica comparada

En correspondencia a lo sostenido por el TC en su argumento 9 plasmado en el Exp. No. 00156-2012/PHC/TC, de 02 de agosto 2012, podemos definir qué, la tipificación o tipicidad de las infracciones, es un aval de legalidad y seguridad jurídica, se cumple cuando las conductas consideradas como infracción, están previstas y determinadas en una norma con categoría de ley, y escritas con un grado de certeza y claridad que cualquier ciudadano con educación primaria pueda entender fácilmente lo que está prohibido bajo amenaza de sanción.; es decir que, la norma legal debe precisar de manera suficiente y clara la definición de las conductas prohibidas, de tal manera que cualquier ciudadano pueda entender con facilidad o estar en la capacidad de conocer y predecir los efectos de su comportamiento (Tribunal Constitucional, 2012)

Bajo esta definición, se analiza la previsión y clasificación de infracciones en la Ley No. 29459, comparándola con la legislación farmacéutica de los países analizados.

En Perú, el Art. 52° de la ley No. 29459 señala que “el reglamento tipifica las infracciones y establece el procedimiento para la adopción de las medidas de seguridad y la aplicación de las sanciones previstas” (Congreso de la República, 2009, p.10). Estamos frente a una remisión de la ley al reglamento, pero una remisión en blanco, ya que la ley no fija un mínimo de conductas o infracciones pasibles de sanción, no clasifica las infracciones según su gravedad, por lo que contraviene al principio de tipicidad y legalidad expresados en el Art. 2, numeral 24), sección d) de la Carta Magna de 1993, en cuanto establece; “Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley” (Congreso Constituyente Democrático, 2022, p.16).

Al respecto, el TC en una resolución emitida en el Exp. No. 0014-2014/P1/TC., del diez de noviembre 2015, en una petición de inconstitucionalidad contra la Ley No. 20220 Ley universitaria, en su fundamento 179 ha sostenido que: “el principio de legalidad está garantizado por el artículo 2, inciso 24,

literal d), de la Constitución, se satisface cuando se cumple con la previsión de las infracciones y sanciones en la ley” (Tribunal Constitucional, 2015, p. 56); mientras que el principio de tipicidad, se cumple cuando la ley define el hecho considerado como falta. “Tal precisión de lo considerado como falta, no está sujeto a una reserva de ley absoluta, sino que puede ser complementado a través de los reglamentos respectivos” (Tribunal Constitucional, 2015, p. 56). Por tanto, no es inconstitucional la remisión reglamentaria, siempre que los hechos punibles, la escala y tipos de sanciones se encuentran prescritas en la ley.

Llama la atención el Art. 46° de la Ley No. 29459, toda vez que recoge los comportamientos prohibidos como: vender medicamentos de forma ambulatoria, fabricar, importar, almacenar, distribuir, comercializar, promocionar, dispensar, tener y transferir productos que no están registrados ante la DIGEMID, o están falsificados, contaminados, mal conservados no aptos para consumo, o en envases falsificados, con fecha de vencimiento expirado, u otras formas con fines ilícitas, así como vender medicamentos procedentes de instituciones públicas y la venta de muestras médicas (Congreso de la República, 2009). Cabe mencionar que dichas conductas están tipificadas como delitos conforme al Art. 294-A, 294-B y 294-C del Código Penal peruano, lo que configura una transgresión al principio *ne bis in idem* que prohíbe sancionar o procesar doblemente a un individuo, por infringir un mismo bien jurídico protegido.

Es evidente que la ley No. 29459 viola el mandato constitucional de legalidad y tipicidad, en cuanto no define de manera previa, precisa y suficiente las conductas calificadas como infracción, no califica las conductas infractoras como leves, graves o muy graves, tampoco vincula la conducta infractora con la sanción, dejando un alto margen de discrecionalidad a la entidad pública, para determinar conductas infractoras sin una base legal que limite la arbitrariedad.

En Paraguay, la Ley No. 1.119 en su Art. 43.1 establece que, los ilícitos administrativos son clasificados en leves, graves o muy graves según criterios de peligro que representan para la salud, el alcance de la intención del transgresor, la gravedad de las consecuencias sanitarias y sociales producidas, la generalidad de la falta y la reincidencia en la misma infracción. El artículo 43.3° remite al reglamento la clasificación de conductas infractoras y el vínculo con la sanción según su gravedad, añadiendo en su artículo 42.4°, que las multas no podrán exceder el equivalente a mil jornales mínimos. La ley no define las conductas infractoras, sin embargo, impone límites al ejecutivo para clasificar las infracciones, atendiendo a criterios de graduación establecidos en la ley; igualmente, fija un límite a la cuantía de multas, señalando que no pueden exceder a mil jornales mínimos (Congreso de la Nación Paraguaya, 1997).

En Nicaragua, la ley No. 292 en su artículo 97° clasifica los ilícitos administrativos como: leves, graves y muy graves, según los criterios de peligro para la salud que representan, cantidad de beneficio ilícito recibido, grado de intención del transgresor, gravedad de las consecuencias sanitarias y sociales causadas, la generalidad de la falta y la reiteración en la misma infracción. Se diferencia de la ley paraguaya, en cuanto califica las infracciones en base a la cuantía del beneficio económico que el infractor podría obtener al cometer la infracción; sin embargo, no establece un límite a las multas (Asamblea Nacional de la Republica de Nicaragua, 1998). Define también las infracciones según su gravedad:

Tabla 1
Clasificación de infracciones en la Ley de Medicamentos de Nicaragua

Infracciones leves	Infracciones graves	Infracciones muy graves
<ul style="list-style-type: none"> a. La modificación de las condiciones en las que se autorizó el funcionamiento del establecimiento, siempre que constituya riesgo para la salud b. Incumplir con los informes obligados a la autoridad c. No tener las farmacopeas y listas básicas en los establecimientos d. Obstaculizar el trabajo de los inspectores farmacéuticos e. Dispensar medicamentos con recetas fuera de su plazo de validez f. No precisar en las recetas las sustituciones que se realizan g. No atender la solicitud de sustitución del medicamento, pudiendo realizarse h. Cambiar las etiquetas de los envases sin previa autorización i. Fomentar el consumo de medicamentos ofreciendo obsequios j. Prescribir medicamentos no registrados ante el ministerio de salud k. Vender muestras médicas prohibidas l. Promocionar o publicitar medicamentos sin autorización. (Art. 98°) 	<ul style="list-style-type: none"> a. Fabricar, importar, exportar, distribuir, publicitar, dispensar, almacenar y vender medicamentos sin permiso b. Incumplir con los controles de calidad requeridos c. Funcionar sin profesional farmacéutico responsable d. No permitir realizar la inspección del establecimiento. e. No reportar los efectos adversos de los medicamentos al momento de registrarlos f. Producir, importar, exportar, distribuir, comercializar, publicitar y dispensar productos no reconocidos legalmente como medicamentos g. Abastecerse o vender a establecimientos que no tienen autorización h. Venta de medicamentos que contienen sustancias controladas sin receta i. Importar, distribuir, comercializar, usar y suministrar medicinas en fase de experimentación j. Preparar fórmulas magistrales y oficinales sin el permiso de la autoridad o transgrediendo la norma sanitaria k. Hacer ensayos clínicos de medicamentos sin la aprobación del Ministerio de Salud l. Promocionar medicinas no autorizadas, en fase de investigación o no comprobados como medicamentos m. La reiteración en falta leve en un tiempo no mayor a 2 años. (Art. 99°) 	<ul style="list-style-type: none"> a. Fabricar, importar, distribuir, almacenar, comercializar y dispensar medicamentos no registrados, alterados, dañados y falsos. b. Preparar medicinas secretas c. Falta de consentimiento de las personas durante ensayos clínicos d. Importar y exportar sangre, fluidos, glándulas, tejidos humanos y sus derivados, sin autorización e. Incumplir las medidas provisionales y definitivas respecto a medicamentos que las autoridades acuerden por causas graves de salud pública f. Realizar ensayos clínicos sin ceñirse a los protocolos autorizados g. La reiteración en falta grave en un tiempo no mayor a 2 años. (Art. 100°)

Fuente: Confección propia a partir de la Ley No. 292, 1998.

En **El Salvador**, el Decreto No. 1008 en su artículo 76°, también califica a las infracciones en: leves, graves y muy graves, según los peligros que representan para la salud, alcance de la intención del infractor, la peligrosidad de los resultados sobre la salud, la trascendencia ante la sociedad, y la

reiterancia en la misma infracción; además, clasifica a las infracciones según su gravedad (Asamblea Legislativa de la Republica de El Salvador, 2012).

Tabla 2
Clasificación de infracciones en la Ley de medicamentos de El Salvador

Infracciones leves	Infracciones graves	Infracciones muy graves
<ul style="list-style-type: none"> a. Incumplir con la validación del contenido esencial de recetas medicas b. Negar la dispensación de medicamentos sin justificación c. Obstruir por cualquier acción u omisión la labor de inspección. (Art. 77) 	<ul style="list-style-type: none"> a. No contribuir con las entidades que solicitan información por causa sanitaria, técnica, económica, administrativa y financiera. b. No informar a la autoridad competente cuando existan signos de reacciones adversas a medicamentos c. Falta de cooperación con la autoridad reguladora en la valoración y control de medicamentos d. Dispensar sustancias controladas con receta médica especial vencida e. Incumplir el Art. 5, respecto al impedimento del Regente por conflicto de intereses f. Dispensar medicamentos sin receta, cuando así lo indica su condición de venta g. Abuso de cargos y facultades para sustraer medicamentos para uso propio o para vender a terceros; h. Promocionar y publicitar medicinas no autorizadas como medicamentos de venta sin receta. i. Por no revisar los datos de los fármacos antes de dárselos al usuario. j. La reiteración en conductas leves. (Art. 78') 	<ul style="list-style-type: none"> a. Impedir que inspectores autorizados y acreditados controlen la conducta de las empresas. b. Permitir la realización de consultas médicas, odontología, enfermería o prescripción dentro del establecimiento farmacéutico. c. Recetar y elaborar formulaciones magistrales y oficinales transgrediendo las normas sanitarias. d. Modificar cualquier característica autorizada del medicamento sin aprobación de la autoridad. e. Abastecer o abastecerse de establecimientos no autorizados f. Fabricar, importar, exportar, distribuir o dispensar medicamentos en establecimientos no autorizados, sin supervisión y permanencia del químico farmacéutico g. Ofrecer cualquiera sea el incentivo, bonificación o regalos, con fines de motivar la medicación, venta y suministro de medicamentos h. Comercializar medicamentos de cualquier naturaleza sin registro sanitario i. Dispensar medicamentos controlados sin receta especial retenida j. Fabricar, distribuir y comercializar productos falsificados k. Falta de laboratorios para garantizar el aseguramiento de calidad de producción de medicamentos l. Incumplir con los controles de calidad exigidos por el ministerio de salud m. Incumplimiento de requisitos sanitarios para adquirir, conservar, preparar y dispensar medicamentos n. Incrementar el precio máximo de venta de los medicamentos establecidos por autoridad nacional de Medicamentos o. Distribuir o almacenar medicamentos incumpliendo las buenas prácticas y vender productos vencidos, donados en mal estado de conservación p. Vender u ofertar medicamentos en línea q. Promocionar o publicitar medicamentos sin ceñirse a las exigencias dispuestas en la autorización r. No acatar las medidas sanitarias prescritas por la autoridad cuando el medicamento pueda causar daños graves a la salud s. Conseguir fraudulentamente la autorización o licencia para fabricar, importar y distribuir medicamentos t. Incumplir con presentar el certificado de control de calidad (titulares de RS), no cumplir con "Buenas Prácticas de Manufactura, Almacenamiento y Transporte". u. Cambiar a otro medicamento que no contenga el mismo ingrediente activo; v. Reiteración en casos de infracciones calificadas graves. (Art. 79')

Fuente: confección propia a partir de Decreto No. 1008, 2012.

De igual forma la Ley No. 1 de **Panamá** en su artículo 171° califica las infracciones administrativas como faltas gravísimas, graves y leves, además que las clasifica según su gravedad.

Tabla 3
Clasificación de infracciones en la ley de medicamentos de Panamá

Faltas gravísimas	Faltas graves	Faltas leves
<ul style="list-style-type: none"> a. Comercializar productos no registrados, salvo los casos excepcionales previstos en la ley b. Fabricar, importar y almacenar productos sin autorización, o distribuir, dispensar cuando estén contaminados, alterados o falsificados. c. Falsificar información, declaraciones o documentos presentados en la solicitud para su registro. (Art. 171°) 	<ul style="list-style-type: none"> a. Imprimir en el rotulado del envase, un numero de registro no autorizado b. Vender productos que no se ajusten a los documentos e informaciones presentados en la autorización del registro c. No permitir realizar las inspecciones d. Vender productos que no tengan fecha de vencimiento en la etiqueta del envase e. Ausencia del farmacéutico durante el horario de atención, sin justificación razonable f. Tener medicamentos caducados o de procedencia desconocida para venderlos g. Funcionar sin contar con licencia de funcionamiento, o realizar actividades comerciales con medicamentos sin poseer autorización h. Aceptar u otorgar premios o subvenciones por procurar la prescripción o venta de productos objeto de esta ley. (Art. 172°) 	<ul style="list-style-type: none"> a. Vender ambulatoriamente productos protegidos por esta Ley b. Ocultar o retrasar deliberadamente la notificación a las autoridades cuando se sospechen reacciones nocivas de los medicamentos fabricados o distribuidos c. Dispensar medicamentos sin solicitar receta cuando su condición de venta lo requiere. d. Incumplir con informar a los consumidores de la disponibilidad de equivalentes terapéuticos de la lista publicada por la Autoridad sanitaria e. Transgredir las normas de publicidad establecidas en la Ley f. Los laboratorios, importadores y distribuidores no brindan la información necesaria para que la CLICAC recomiende al órgano ejecutivo la definición del precio máximo de referencia. g. Incumplimiento con la autenticidad del anuncio publicitario h. No estar al día en el pago de las dos últimas pruebas posteriores al registro. (Art. 173°)

Fuente: confección propia a partir de Ley No. 1, 2001.

Finalmente, la ley de medicamentos de **Venezuela** no califica a las infracciones administrativas según su gravedad; no obstante, las clasifica como como fallas y faltas administrativas, lo que representa un límite a los poderes reglamentarios (Comisión Legislativa Nacional, 2000).

Tabla 4
Clasificación de infracciones en la ley de medicamentos de Venezuela

Fallas administrativas	Faltas administrativas
<ul style="list-style-type: none"> a. La modificación por parte del titular del RS las características o condiciones en las que se otorgó el registro sanitario b. No facilitar a las autoridades competentes, los datos que deban facilitar por causa sanitaria, técnica, económica, administrativa y financiera. c. No tener una copia del Formulario Nacional Terapéutico en el establecimiento d. Funcionamiento de una oficina de farmacia cuando no cumplan las condiciones relativas al normal funcionamiento y prestación del servicio e. Obstaculizar o retrasar el trabajo de los fiscalizadores por cualquier acto. f. Falta de validación adecuada de los datos y observaciones a incluirse en la receta g. No cumplir con proporcionar a la autoridad sanitaria, la "información técnica" de los medicamentos al ser requeridas h. Publicitar "fórmulas magistrales o preparados oficiales". i. No cooperar con la autoridad reguladora con el peritaje, control y publicidad de medicamentos que no cumplan con las exigencias de la Sección III de esta Ley. j. (Art. 74) 	<ul style="list-style-type: none"> a. Fabricar, importar, exportar y distribuir medicamentos sin el debido permiso, o venta de medicamentos en instalaciones no autorizadas. b. Elaborar, fabricar, importar, exportar y distribuir medicamentos sin un adecuado control de calidad o realizarlos a través de procesos no validados. c. La operatividad de farmacias sin el trabajo presencial del farmacéutico responsable d. No permitir que los fiscalizadores realicen la inspección del establecimiento e. Preparar fórmulas magistrales y oficiales trasgrediendo la norma sanitaria f. Comercializar o almacenar medicamentos en condiciones no adecuadas o alterados. g. El personal de salud no cumple con la obligación de "farmacovigilancia". h. Preparar "vacunas y alérgenos" en dosis individualizada en establecimiento sin licencia i. La negativa de vender medicamentos sin razón justificada, o venderlos sin solicitar la receta cuando su condición de venta lo requiere j. Cambiar un medicamento por otro que no tenga el mismo ingrediente activo k. Coaccionar al usuario el derecho a elegir libremente la farmacia l. El personal de salud no garantiza la confidencialidad y privacidad de los usuarios al momento de atender la prescripción médica. m. Promover y publicitar medicamentos que no estén aprobados o que no reúnan las condiciones previstas en esta Ley. n. Los laboratorios, incitar a la actuación ilícita de los profesionales prescriptores, dispensadores y administradores de medicamentos para motivar la rotación del medicamento. o. Cambiar arbitrariamente los precios de los medicamentos en el listado oficial. (Art. 75)

Fuente: confección propia a partir de ley de medicamentos, 2000.

Como se puede evidenciar, la Ley de medicamentos de Paraguay, Nicaragua, El Salvador y Panamá, califican las conductas infractoras según su gravedad en: leves, graves y muy graves, además las clasifica según su grado de peligrosidad, lo que demuestra el respeto por los derechos fundamentales del administrado; caso contrario ocurre en Perú, que delega a los reglamentos la definición de infracciones y sanciones que en la práctica son confusas, arbitrarias y transgreden los principios constitucionales de legalidad y tipicidad.

XVI. Sanciones administrativas en la legislación farmacéutica comparada

Partiendo de las reglas establecidas del Art. 2, numeral 24), sección d) de la Constitución de 1993, "nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley" (Congreso Constituyente Democrático, 2022,

p.16), podemos definir que la sanción administrativa es todo gravamen predeterminada en una norma con categoría de ley, para ser impuesta al administrado transgresor, como resultado de una acción considerada como infracción en una norma con categoría de ley.

Bajo esta definición se analiza el artículo 51° de la Ley 29459 que señala: “el reglamento establece las sanciones por infracción a las disposiciones de esta ley, las sanciones previstas se aplican en función de las modalidades que la ley señala, sin perjuicio de las acciones civiles o penales a que hubiera lugar” (Congreso de la República, 2009, p.10). Es decir que, el establecimiento de las penas por transgresión a esta ley, esta delegada a reglamentos; aunque establece las modalidades de sanción, no hace una vinculación con la conducta infractora, no establece como se debe graduar las sanciones, no impone un límite en cuanto a sanción de multas, lo que otorga a la entidad pública un alto margen de libertad al momento de establecer sanciones en los reglamentos que son confusos, arbitrarios y violan el principio de legalidad y tipicidad.

Tabla 5
Sanciones administrativas en la ley de medicamentos del Perú

N°	Modalidades de sanción
1	Amonestación al dueño/representante legal/director técnico.
2	Inhabilitación o suspensión al profesional “director técnico”
3	Multas
4	Cancelación del CBP
5	Suspensión del RS, CRS o NSO
6	Cancelación del Registro, CRS o NSO
7	Suspensión temporal del comercio o fabricación
8	Clausura provisional del establecimiento
9	Clausura definitiva del establecimiento
10	Decomiso del producto, insumo, material equipo o maquinaria

Fuente: confección propia a partir de Ley No. 29459, 2009.

Aunque la Ley establece las modalidades de sanción, resulta importante analizar el artículo 50° que señala: “las sanciones se sustentan en los criterios de proporcionalidad del daño real o potencial que pueda causar en la salud de las personas, la gravedad de la infracción y la condición de reincidencia en la misma conducta” (Congreso de la República, 2009, p.10). Si la Ley, no ha definido previamente las infracciones administrativas, no las ha clasificado según su gravedad, entonces no podría conocerse con exactitud la conducta que podría causar un eventual daño real o potencial a la salud; por otro lado, si el administrado no está en condición de conocer la gravedad de su comportamiento, tampoco podría saber la consecuencia que le corresponde,

resultando arbitrario las sanciones aplicadas a los administrados del sector farmacéutico.

En **Paraguay**, los artículos 43.2 y 42.2 de la Ley No. 1.119, recogen las modalidades de sanción, especificando que el reglamento establece las sanciones y su graduación; no obstante, las multas no excedan de mil salarios mínimos. (Congreso de la Nación Paraguaya, 1997).

Tabla 6
Sanciones administrativas en la ley de medicamentos de Paraguay

N°	Modalidades de sanción
1	Amonestación
2	Multa
3	Decomiso
4	Suspensión
5	Cierre temporal (total o parcial)
6	Cierre definitivo (total o parcial)
	Cancelación del registro

Fuente: confección propia a partir de ley No. 1.119, 1997.

En este caso, la ley paraguaya delega al reglamento la vinculación de las infracciones con la sanción; pero, el legislador impone un límite a la entidad pública, en cuanto establezca sanciones de multa, que no debe exceder a mil salarios mínimos (Congreso de la Nación Paraguaya, 1997), lo que no ocurre en la legislación farmacéutica peruana.

En **Nicaragua**, el Art. 102° de la Ley No. 292, recoge las modalidades de sanción, señalando que el reglamento gradúa las sanciones según la gravedad de las infracciones predeterminadas en los Arts., 98° - 100° (Asamblea Nacional de la Republica de Nicaragua, 1998).

Tabla 7
Sanciones administrativas en la Ley de Medicamentos de Paraguay

N°	Modalidades de sanción
1	Amonestación escrita
2	Amonestación publicada
3	Multa
4	Decomisos
5	Suspensión o anulación de registros
6	Clausura definitiva del establecimiento

Fuente: confección propia a partir de la Ley No. 292, Art. 102°, 1998.

Al recurrir a la reglamentación de la Ley No. 292, autorizada por Decreto Ejecutivo N° 6-99, en los artículos 74° y 75°, se observa la gradualidad de las penas según gravedad de la conducta infractora.

Tabla 8
Graduación de sanciones en la legislación farmacéutica de Paraguay

Infracción leve:	Infracción Grave:	Infracción Muy Grave:
Amonestación escrita Multas	Amonestación publicada Multa Decomisos	Multas Decomisos Suspensión o anulación de Registros Clausura definitiva del Establecimiento
Multa: hasta C\$ 10,000.00	Multa: hasta C\$ 50,000.00	Multa: hasta C\$ 100,000.00

Fuente: confección propia a partir del Decreto Ejecutivo No. 9-99, 1999.

Como es de observar, la ley de medicamentos de Nicaragua cumple con la graduación de sanciones según gravedad de la infracción; asimismo, garantiza el derecho del administrado a conocer las sanciones que corresponde una determinada conducta infractora, lo que no ocurre en el caso peruano.

En el **Salvador**, el Decreto N° 1008 en su Art. 80° recoge las modalidades de sanción, que serán aplicadas independientemente del proceso civil, penal o de otra naturaleza.

Tabla 9
Modalidades de sanciones en la ley de medicamentos de El Salvador

N°	Modalidades de sanción
1	Multas
2	Suspensión de la licencia
3	Revocación de la licencia
4	Anulación o cancelación del registro

Fuente: confección propia a partir del Decreto No. 1008, 2012.

El Decreto No. 1008 en su artículo 81° agrega que, dichas sanciones serán aplicadas con respeto al debido proceso, a la legalidad y seguridad jurídica; dependiendo de la peligrosidad de la conducta infractora, teniendo en cuenta el ingreso económico del transgresor, el impacto social y las circunstancias en las que se produjo la infracción (Asamblea Legislativa de la Republica de El Salvador, 2012)

Tabla 10
Graduación de sanciones en la ley de medicamentos de El Salvador

Infracción leve	Infracción Grave	Infracción Muy Grave
a. Multas: de diez (10) hasta veinticinco (25) salarios mínimos urbanos. (Art. 82')	a. Multas: de veintiséis (26) hasta cincuenta (50) salarios mínimos urbanos. b. Suspensión de la autorización en casos de transgredir lo dispuesto en las secciones d), i) Art. 78° en esta Ley. (Art. 83')	a. Multas: de cien (100) hasta doscientos (200) salarios mínimos urbanos. b. Revocatoria de autorización en los casos de transgredir lo establecido en las secciones g), h) del Art. 79° de esta ley. c. Suspensión de actividades en los casos de transgredir lo dispuesto en los incisos b), c), e), i), m), o) del Art. 80° de esta Ley d. Cancelación del registro en los casos de transgredir lo dispuesto en los incisos d), k), r), s), u) del Art. 80° de esta Ley. (Art. 84')

Fuente: Confección propia a partir del Decreto N° 1008, 2012.

Llama especial atención la ley salvadoreña, al contemplar como un criterio de gradualidad de sanción de multa, el ingreso económico del transgresor, ya que la capacidad económica de las empresas no son las mismas una respecto a otras, esto es contrario en Perú, ya que al aplicar una sanción de multa no se toma en cuenta este criterio, por lo que una infracción sancionada con 10 UIT es aplicada de igual forma a establecimientos farmacéuticos del régimen general, especial o de la micro y pequeña empresa.

En **Panamá**, conforme al Art. 167° de la Ley No. 1, aunque sea posible la acción civil o penal, las transgresiones de la ley se castigan con una o más de las siguientes sanciones:

Tabla 11
Modalidades de sanciones en la ley de medicamentos de Panamá

N°	Modalidades de sanción
1	Amonestación escrita
2	Multas
3	Suspensión o cancelación del RS
4	Suspensión o anulación de la licencia
5	Cierre temporal o clausura

Fuente: confección propia a partir de la Ley N° 1, 2001.

Asimismo, conforme al Art. 167° de la Ley, las sanciones, serán aplicadas teniendo en cuenta los criterios del daño que se haya o pueda producirse en la salud de las personas, el beneficio ilícito obtenido, la reincidencia, el alcance de la intención del infractor y, la gravedad de la conducta infractora; agrega en su Art. 168°, las multas se aplican en base

a la clasificación de la conducta infractora como leve, grave o gravísima, y se ajustan anualmente con base en el Índice de Precios al Consumidor (IPC) (Asamblea Legislativa, 2001).

La ley panameña, también establece ciertos criterios de gradualidad de sanciones, lo que no ocurre en la ley peruana.

Tabla 12

Graduación de sanciones en la ley de medicamentos de Panamá

Faltas a la Ley	Laboratorios fabricantes y distribuidoras Multas desde B/.500 - B/.25,000	Farmacias Multas desde B/.100 - B/.5,000
Faltas leves	a) Desde B/.500.00 hasta B/.5,000.00.	a) Desde B/.100.00 hasta B/.500.00.
Faltas graves	b) Desde B/.5,001.00 hasta B/.15,000.00.	b) Desde B/.501.00 hasta B/1,000.00.
Faltas gravísimas	c) Desde B/.15,001.00 hasta B/.25,000.00.	c) Desde B/.1,001.00 hasta B/.5,000.00.

Fuente: confección propia a partir de la Ley N° 1, 2001.

Finalmente, según la ley de medicamentos de **Venezuela** del año 2000, las sanciones administrativas se aplican de manera independiente a la acción civil, penal o de otra naturaleza que podría derivarse. Las multas se aplicarán en unidades tributarias (UT), de la siguiente manera:

Tabla 13

Graduación de sanciones en la Ley de medicamentos de Venezuela

Faltas administrativas	Faltas administrativas
Multas de 37 U.T. hasta 185 U.T.	Multas de 185 U.T hasta 370 U.T.

Fuente: construcción propia a partir de la Ley de Medicamentos de Venezuela, 2000.

Conforme al análisis realizado a la legislación farmacéutica comparada, se observa que las disposiciones de la Ley N° 29459 Ley de medicamentos del Perú, son deficientes y violan los principios constitucionales de “legalidad y tipicidad” proscritas en nuestra Constitución de 1993, e interpretadas en reiteradas sentencias del TC y la CSJ del Perú. Por lo que, en aras de garantizar los derechos fundamentales del administrado, merece una modificación de la citada Ley.

Tabla 14
Cuadro comparativo de la legislación farmacéutica de los países analizados

País	Paraguay	Nicaragua	El Salvador	Panamá	Venezuela
Dimensión					
Legislación farmacéutica	Perú Ley No. 29459 que regula a los medicamentos, dispositivos médicos y productos sanitarios.	Paraguay Ley No. 1.119 de medicamento.	Nicaragua Ley No. 292 para medicamentos y farmacias.	El Salvador Decreto N° 1008 para medicamento.	Panamá Ley No. 1 para Medicamentos y otros Productos para la Salud".
Autoridad reguladora competente	-DIGEMID -DIRIS -ARS -ARMI. (Art. 44').	-Ministerio de Salud Pública y Bienestar. (MSPB). (Art. 3, 89 y 96).	-Ministerio de Salud. (Art. 3, 89 y 96).	-Dirección Ejecutiva de la Autoridad Nacional de Medicamentos (DNM) (Art. 3').	-Ministerio de Salud Pública y Desarrollo Social (MSDS). (Art. 76).
Medidas de seguridad	-Inmovilización. -Incautación. -Destrucción de productos y materiales. -Retiro del mercado. -Suspensión de actividades. -Suspensión y anulación del Registro, CRS o NSO. -Cierre provisional total o parcial del establecimiento. -Emisión de alertas sanitarias. (Art. 49).	-Puesta en cuarentena de materiales, productos farmacéuticos. -Retiro del mercado. -Cierre provisional. -Detener actividades de fabricación, venta y servicios. -Retiro de productos del mercado. -Decomiso de productos. (Art. 94).	-Retención de materiales, materia prima, productos farmacéuticos. -Cierre provisional. -Detener actividades de fabricación, venta y servicios. -Retiro de productos del mercado. -Decomiso de productos. (Art. 94).	-Retiro del mercado. -Suspensión de actividades. -Publicidad y cierre provisional del establecimiento. -Emisión de alertas. (Art. 74).	-Cierre temporal del establecimiento. -Decomiso o inmovilización de productos. -La publicación de alertas. (Art. 175').
Clasificación de infracciones	No contiene clasificación de infracciones. -Amonestación -Inhabilitación al director técnico. -Multas. -Cancelación del certificado de BP. -Suspensión, cancelación del RS, CRS o NSO. -Suspensión de comercio o fabricación. -Cierre temporal. -Cierre definitivo. (Art. 51).	Leve Grave y Muy Grave. (Art. 43.1).	Leve Grave y Muy Grave. (Art. 76).	Leve Grave y Gravisima. (Art. 171).	Fallas y faltas. (Art. 74' y 75').
Sanciones aplicables	-Amonestación -Inhabilitación al director técnico. -Multas. -Cancelación del certificado de BP. -Suspensión, cancelación del RS, CRS o NSO. -Suspensión de comercio o fabricación. -Cierre temporal. -Cierre definitivo. (Art. 51).	Leve Grave y Muy Grave. (Art. 97).	Leve Grave y Muy Grave. (Art. 80').	Leve Grave y Gravisima. (Art. 171).	Multas. -Cierre temporal o clausura. (Art. 167).

Análisis de la Tipificación de Infracciones y Sanciones Administrativas en la legislación farmacéutica comparada en Perú - Latinoamérica

País	Perú	Paraguay	Nicaragua	El Salvador	Panamá	Venezuela
Dimensión						
			<p>Infraacción leve: amonestación escrita y multas. Multa: hasta C\$ 10,000.00 (Art. 74 -75').</p> <p>Infraacción grave: amonestación pública, multas y decomiso. Multa: hasta C\$ 10,000.00 (Art. 74 -75').</p>	<p>Infraacción leve: Multas: de 10 a 25 salarios mínimos urbanos (SMU) (Art. 82').</p> <p>Infraacción grave: -Multas: de 26 a 50 SMU. -Suspensión de la autorización. (Art. 83').</p>	<p>Multas por faltas leves: Laboratorios: de 500 a 25,000 balboas (B). Farmacias: de 100 a 500 B. (Art. 168').</p> <p>Multas por faltas graves: Laboratorios: de 5,001.00 a 15,000 B. Farmacias: de 501.00 a 1,000.00 B. (Art. 168').</p> <p>Multas por faltas gravísimas: Laboratorios: de 15,001.00 a 25,000 B. Farmacias: de 1,001.00 a 5,000.00 B. (Art. 168').</p>	<p>Fallas administrativas: Multas de 37 U.T. hasta 185 U.T.</p> <p>Fallas administrativas: Multas de 185 U.T. hasta 370 U.T.</p>
Graduación de sanciones	No contiene graduación	No contiene graduación	<p>Infraacción muy grave: multas, decomiso, suspensión o anulación del RS, cierre definitivo. Multa: hasta C\$ 100,000.00 (Art. 74 -75')</p>	<p>Infraacción muy grave: -Multas: de 100 a 200 SMU. -Revocación de autorización. -Suspensión de actividades. CANCELACIÓN del RS. (Art. 84').</p>		

Nota: la tabla muestra sintéticamente las coincidencias y similitudes jurídicas de la ley de medicamentos de los siete países analizados.

Fuente: construcción propia

V. Propuesta

En el presente artículo se propone incorporar en la Ley No. 29459 de productos farmacéuticos, dispositivos médicos y productos sanitarios de Perú, la tipificación de conductas infractoras calificándolo según su gravedad como: leves, graves y muy graves, establecer un vínculo entre las conductas infractoras y la sanción correspondiente, fijar también los mínimos y máximos de las sanciones de multa, tal como lo hemos evidenciado en la legislación farmacéutica comparada. De igual forma, definir las conductas infractoras que conllevan a la aplicación del cierre temporal del establecimiento farmacéutico como medida de seguridad sanitaria, en aras de dar cumplimiento al principio constitucional de legalidad y tipicidad como aval de los derechos fundamentales del administrado y un límite al alto nivel de discrecionalidad que hoy ostenta la autoridad sanitaria del campo farmacéutico.

También se plantea complementar el Art. 41° de la Ley No. 29459, en tanto otorgue potestad sancionadora a todos los órganos desconcentrados y descentralizados para que puedan fiscalizar a los establecimientos farmacéuticos, aplicando las medidas sanitarias y la sanción que corresponda a los infractores.

VI. Conclusiones

Los principios de legalidad y tipicidad recogidos en el Art. 2, numeral 24), sección d) de la Carta Magna de 1993, son principios constitucionales que tienen un desarrollo jurisprudencial bastante ahondado, estos principios aplicadas en un procedimiento administrativo sancionador exigen una *lex previa* y una *lex certa*, es decir que las conductas consideradas como infracción administrativa estén determinadas en una norma con categoría de ley, con tal precisión que le permita a cualquier persona con educación básica entender fácilmente lo que está prohibido y pueda predecir las consecuencias que acarrea su comportamiento; pues, en el marco del estado de derecho, la aplicación de una sanción solo será efectiva si esta castiga un comportamiento prescrito previamente de manera precisa en una norma con categoría de ley.

Es claro que el derecho administrativo sancionador no está sometida a una cautela de ley absoluta; sin embargo, al delegar a las normas reglamentarias la determinación de conductas infractoras y su vinculación con las sanciones, debe hacerlo fijando un estándar o límites en la norma de remisión, para disminuir el alto nivel de discrecionalidad que detenta la entidad pública en el ejercicio de sus facultades normativas.

En el campo farmacéutico la ley No. 29459, al remitir la determinación de infracciones y sanciones a normas reglamentarias, no ha definido ningún tipo de límites, dejando a la discreción de la entidad pública la determinación de cuales conductas constituyen infracción, cuales conductas calificarían

como leves, graves o muy graves, y cuál sería la sanción que corresponda, lo que resulta una violación al principio de legalidad y tipicidad. Para reforzar esta conclusión me permito sustentar con un fundamento internacional de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos, la cual sostiene que, una delegación no válida se da en los supuestos que el legislador no aplicó una política o estándar inteligible que hubiera limitado la discrecionalidad del Poder Ejecutivo (Supreme Court de EE. UU, 2019), lo que nos permite concluir que, las infracciones y sanciones establecidas en los reglamentos de la ley No. 29459, son arbitrarias e inválidas.

La Ley No. 29459, en su artículo 51° describe las modalidades de sanción; sin embargo, no establece los mínimos y máximos de las sanciones de multa, lo que en la práctica las sanciones impuestas a los administrados resulta desproporcionado, ya que la ley al no establecer una graduación de sanciones según los criterios del beneficio económico ilícito que el administrado podría obtener al cometer la infracción, la reincidencia en la misma conducta, el grado de intencionalidad del infractor, entre otros hace una remisión en blanco de la ley a los reglamentos, dejando a la entidad pública crear infracciones y sanciones a su libre albedrío.

Referencias bibliográficas

- Asamblea Legislativa de la Republica de El Salvador. (2012). *Decreto No. 1008. Ley de medicamentos*. El Salvador. Diario Oficial. <http://cssp.gob.sv/wp-content/uploads/2016/05/Ley-de-Medicamentos.pdf>
- Asamblea Legislativa. (2001). *Sobre Medicamentos y otros Productos para la Salud Humana*. Panamá. Gaceta Oficial. <https://faolex.fao.org/docs/pdf/pan190306.pdf>
- Asamblea Nacional de la Republica de Nicaragua. (1998). *Ley de medicamentos y farmacias*. Nicaragua. La Gaceta. http://cicad.oas.org/fortalecimiento_institucional/legislations/pdf/ni/ley_292.pdf
- Comisión Legislativa Nacional. (2000). *Ley de Medicamentos*. Venezuela. Gaceta Oficial. <https://docs.venezuela.justia.com/estatales/miranda/leyes/ley-de-medicamentos-2000.pdf>
- Congreso Constituyente Democrático. (2022). *Constitución Política del Perú promulgada el 29 de diciembre de 1993*. Perú. El Congreso de la República. <https://www.congreso.gob.pe/Docs/constitucion/constitucion/index.html>
- Congreso de la Nación Paraguaya. (1997). *Ley No. 1.119 Ley de medicamentos de productos para la salud y otros*. Paraguay. Gaceta Oficial. http://www.cicad.oas.org/fortalecimiento_institucional/legislations/PDF/PY/ley_1119.pdf
- Congreso de la República. (2009). *Ley de productos farmacéuticos, dispositivos médicos y productos sanitarios*. Perú. El Peruano. <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/ley-de-los-productos-farmaceuticos-dispositivos-medicos-y-p-ley-n-29459-427971-1/>
- Corte Suprema de Justicia. (2021, 13 de abril). *Sentencia 25311-2018*. https://cdn.gacetajuridica.com.pe/laley/Casaci%C3%B3n%20N%C2%BA25311-2018_LALEY.pdf
- Del Castillo, C. (2011). ¿Legislación o derecho farmacéuticos? análisis. *Revista de la Facultad Química Farmacéutica*, 18 (1), 83-87. <http://www.scielo.org.co/pdf/vitae/v18n1/v18n1a12.pdf>

- Presidente de la República de Nicaragua. (1999). *Decreto No. 6-99, Reglamento de la Ley No. 292 de Medicamentos y Farmacias*. Nicaragua. La Gaceta. <https://faolex.fao.org/docs/pdf/nic201977.pdf>
- Presidente de la República. (2019). *Ley del Procedimiento Administrativo General*. Perú. El Peruano. <https://diariooficial.elperuano.pe/pdf/0005/13-texto-unico-ordenado-de-la-ley-27444-ley-de-procedimiento-administrativo-general-1.pdf>
- Supreme Court de EE. UU. (2019, 19 de junio). *Gundy vs. Estados Unidos, 588 US*. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/588/17-6086/>
- Tribunal Constitucional. (2022, 15 de junio). *Sentencia 201/2022*. Expediente No. 00002-2021-PI/TC. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2022/00002-2021-AI.pdf>
- Tribunal Constitucional. (2012, 8 de agosto). *Sentencia 00156-2012-PHC/TC*. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/00156-2012-HC.pdf>
- Tribunal Constitucional. (2015, 10 de noviembre). *Sentencias 0014-2014-P1/TC, 0016-2014-PI/TC, 0019-2014-P1/TC y 0007-2015-PI/TC*. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2015/00014-2014-AI%2000016-2014-AI%2000019-2014-AI%200007-2015-AI.pdf>
- Tribunal Constitucional. (2018, 25 de abril). *Sentencia 00020-2015-PI/TC*. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2019/00020-2015-AI.pdf>

INVESTIGACIONES NACIONALES

El arraigo en el contexto peruano: implicancias probatorias, legislativas y prácticas

The rooting in the peruvian context: evidentiary, legislative, and practical implications

Pavel Luis Ilich Sáenz de la Cruz

Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, Perú

<https://orcid.org/0009-0009-9286-7798>

pavel.saenz@unmsm.edu.pe

Presentado: 15/11/2023 - Aceptado: 23/12/2023 - Publicación: 30/12/2023

Resumen

El artículo aborda la problemática en la aplicación y justificación teórica de la prisión preventiva, centrándose en el examen del requisito de arraigo para imponerla. Se argumenta que el arraigo ha sido mal aplicado y configurado, alejándose de su finalidad de asegurar la permanencia del imputado en el proceso. El trabajo destaca la escasa atención que la doctrina nacional y el Acuerdo Plenario N.º 1-2019/CJ-116(2019) han dado al arraigo, comparándolo con casos de Ecuador y Alemania. El objetivo principal es exponer las deficiencias en la estructuración e interpretación del concepto de arraigo en el contexto de la prisión preventiva, enfocándose en la falta de evaluación adecuada de elementos que determinan el peligro de fuga.

Palabras clave: arraigo, prisión preventiva, prueba, teleología jurídica, razonamiento jurídico.

Abstract

The article addresses the problem in the application and theoretical justification of preventive detention, focusing on the examination of the rootedion requirement to impose it. It is argued that the arraigo has been poorly applied and configured, moving away from its purpose of ensuring the permanence of the accused in the process. The work highlights the little attention that national doctrine and plenary agreement No. 1-2019 have given to roots, comparing it with cases of Ecuador and Germany. The main objective is to expose the deficiencies in the structuring and interpretation of the concept of roots in the context of preventive detention, focusing on the lack of adequate evaluation of elements that determine the danger of escape.

Keywords: roots, preventive detention, evidence, legal teleology, legal reasoning.

Introducción

El trabajo pretende abordar problemas relacionados con el arraigo como requisito para la prisión preventiva, que consideramos bastante problemáticas por las deficiencias prácticas y legislativas que afectan a esta institución y a uno de sus requisitos específicos: el arraigo.

En medio de los constantes señalamientos provenientes de diversos sectores académicos y políticos acerca del uso inadecuado de la prisión preventiva, resulta imperativo reflexionar sobre los puntos débiles y problemáticos de esta figura legal. En este contexto, identificamos al arraigo laboral como uno de los aspectos críticos, caracterizado por deficiencias no solo a nivel de la aplicación judicial, sino también en términos de la técnica legislativa subyacente. Las dificultades que planteamos en relación con el arraigo laboral están intrínsecamente vinculadas a la prueba y al carácter teleológico que este requisito debería poseer. Por lo tanto, gran parte del análisis desarrollado en este trabajo parte de una reconsideración del significado de la palabra “arraigo”, más allá de la connotación jurídica que le otorgan el legislador y el operador jurídico peruano.

Creemos que este trabajo contribuye a la discusión no solo enfocándose en lograr una mayor precisión léxica y coherencia teleológica en las figuras que se presentan como requisitos para la imposición de la prisión preventiva, sino también abordando la correspondencia entre la actividad de valorar y la técnica legislativa que debe anticipar situaciones de nuestra realidad social.

Planteamiento del problema

Actualmente, hay muchos cuestionamientos en torno a la prisión preventiva que generan discusión, desde su justificación teórica hasta su aplicación práctica. Es debido a esto que la aplicación de la prisión preventiva es bastante problemática y mucho más si tomamos en cuenta los efectos de su aplicación en el aspecto jurídico (lesión de los derechos fundamentales de la persona procesada) y en el aspecto práctico (hacinamiento provocado por la aplicación generalizada de esta medida). Uno de los problemas con esta institución que planteamos en el presente artículo se encuentra en los presupuestos en los que se tiene que basar el juez para la imposición de esta medida, esto es: el arraigo.

El arraigo, a modo de ensayar un concepto, son las diversas conexiones que un imputado tiene con diferentes aspectos de su vida cotidiana, los cuales dificultan una posible fuga. Al ser un conjunto de relaciones entre el imputado y su vida diaria, es evidente que señalar la existencia del arraigo depende de muchas circunstancias que surjan en cada caso en particular. En el Nuevo Código Procesal Penal, en el numeral 1 del artículo 269, que establece:

“... El arraigo en el país del imputado, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia y de sus negocios o trabajo...”.

Sin embargo, a menudo se entiende el arraigo como la simple existencia de una relación entre el sujeto y un aspecto específico de su vida, recortando el aspecto teleológico del mismo¹. Ante esto queda claro que la sola demostración del arraigo no es adecuada para determinar el peligro de fuga y es por ello que el artículo 269 del Nuevo Código Procesal Penal (en adelante NCPP) contempla otras consideraciones a fin de darle un grado de motivación suficiente a la imposición de la prisión preventiva.

La redacción del legislador en torno al arraigo da lugar a algunas observaciones y reflexiones sobre la finalidad del arraigo, sobre todo si revisamos la jurisprudencia en la que se reflejan algunas dificultades a la hora de interpretar esta institución. En la interpretación sobre el sentido que se le otorga a la palabra “arraigo” en el Acuerdo Plenario N.º 1-2019/CJ-116(2019), se compara con justa razón al arraigo con una “raíz”, en ese sentido al referirse al criterio concreto del peligro de fuga se señala que el criterio concreto del peligro de fuga “... supone valorar las circunstancias personales y sociales del imputado, dado que la comprobación de la existencia o no de “raíces. Esta comparación tomada de Ortells Ramos puede parecer bastante clara, pero la palabra “raíz” puede tener varias interpretaciones, y es especialmente en el ámbito judicial donde estas interpretaciones adquieren mayor importancia debido a que de ello depende la valoración que realizan los jueces, ya que esto en concreto implica un ejercicio de constatar la existencia de dichas “raíces”.

No se puede discutir que la palabra “raíz”- como término primitivo- está presente en el término “arraigo”- como término derivado-. Sin embargo, este término puede tener dos sentidos significativos. En primer lugar, puede entenderse como una sucesión de circunstancias que han determinado e influido en la existencia del imputado como persona que se desarrolla dentro de su entorno social, es decir, las relaciones que ha establecido a lo largo de su vida mediante la interacción con aquellos que lo rodean y que conforman su personalidad. Este primer sentido se puede comprender sujeto, como ser intersubjetivo, se organiza e interactúa con otras personas a lo largo de su existencia, y estas relaciones llegan a formar parte de su trayectoria existencial.

Por otro lado, el arraigo también puede entenderse como circunstancias que condicionan de manera obligatoria la existencia del ser humano de manera inmediata. De la misma manera en que una planta no puede sobrevivir sin sus “raíces” debido a la necesidad de alimentarse y afianzarse en el suelo, una persona no puede desarrollarse como individuo sin cumplir con las obligaciones generadas por el establecimiento de estas relaciones,

las cuales van desde necesidades biológicas hasta las relacionadas con la autorrealización, según lo plantea Maslow.

En ese sentido, señalamos la existencia de dos formas de entender la palabra arraigo, 1). El arraigo es el conjunto de relaciones que ha establecido el imputado a lo largo de su vida capaces sostener la inferencia de que estas mantendrán al mismo en el proceso. 2). El arraigo es el conjunto de relaciones que el imputado sostiene y que condicionan directamente su subsistencia, por lo que son suficientes para mantener al imputado en el proceso.

A primera vista se podría decir que esta diferencia lingüística más allá de referenciar un aspecto temporal no presenta una mayor problemática en la que ahondar. Sin embargo, lo biográfico contextual y lo inmediato contextual, sugiere una diferencia en la capacidad de conocer por parte del juez justamente en torno a este desarrollo en el tiempo de la conducta del imputado. Valga decir, no es igual a que el juez determine el arraigo al conocer la trayectoria laboral de una persona mediante la evaluación de certificados de trabajo en los que se deduce que el imputado es un trabajador regular, estable y dependiente a que llegue a la misma inferencia mediante la evaluación de un contrato laboral firmado días antes de la audiencia. En ambos casos existe efectivamente una relación laboral, en todo caso la cuestión radica en cuál de ellos se debe tomar con mayor peso probatorio.

La redacción del CPP y la interpretación común de los operadores jurídicos respaldan una interpretación más inmediatista, que muchas veces no se condice para demostrar la inexistencia del peligro de fuga. Solo señalar esa relación no da paso a una mejor deducción sobre esta finalidad de asegurar el desarrollo del proceso, es un dato respaldado por una interpretación literal del inciso, cuando la actividad probatoria debería observar sistemática y teleológicamente el numeral y el artículo en su conjunto.

Estado de la cuestión

En el Recurso Nulidad N.º 302-2018/LIMA NORTE, Cesar San Martin Castro en su calidad de ponente señala sobre el arraigo:

En cuanto al peligro de fuga, nada indica un arraigo familiar u otras circunstancias que justifiquen inferir razonablemente que si se les otorga libertad no se apartará del proceso o no asistirán al juicio oral, frustrando su instauración y, en su caso, su continuación hasta la expedición del fallo.

En esta resolución, el Colegiado como ponente sostiene que el arraigo familiar justifica una inferencia, en concreto, la inferencia de que el imputado, en caso de llevar el proceso en libertad, no se alejará del mismo. Es evidente que esta inferencia se basa en una situación de condicionalidad, donde el

legislador asume que el imputado, al igual que cualquier persona común, ha interiorizado sus responsabilidades, deberes y obligaciones con respecto a las personas con las que mantiene relaciones familiares. Por estas relaciones, se argumenta que el imputado no escapará de la justicia, ya que, al evaluar sus intereses entre evadir la justicia y mantenerse en el proceso de manera regular, se concluye que escapar tendría consecuencias más gravosas para su persona y sus relaciones sociales establecidas.

Esta inferencia se justificaría si determinara el arraigo estuviera más delimitada y si el concepto utilizado en el ejercicio judicial estuviera más orientado hacia la finalidad de la medida de coerción personal. Ninguno de los dos sentidos planteados puede reemplazar los requisitos establecidos por el código para determinar el peligro de fuga y la imposición de prisión preventiva.

Este estudio surge a raíz de diversas observaciones llevadas a cabo durante la audiencia de prisión preventiva de Aníbal Torres Vásquez, en la cual Duberlí Rodríguez participó como abogado defensor el 15 de diciembre de 2022 en relación con la acusación presente en el expediente 00039-2022-2-5001-JS-PE-01. En dicha audiencia se observa un patrón identificado en múltiples ocasiones durante las discusiones sobre el arraigo.

Resulta que, en la audiencia de prisión preventiva, el jurista, aunque acababa de salir del puesto de asesor segundo de la PCM, su vínculo laboral con la UNMSM no había cesado, sino que estaba en suspensión y que poco tiempo volvería a clases. Por lo que si bien actualmente no se encontraba ejerciendo una actividad laboral sea como docente o como funcionario público, aun mantenía una relación laboral (aunque suspendida, pero de todos modos existente), para demostrar esta relación laboral el Dr. Duberlí Rodríguez usa como medio de prueba una serie de correos en los que el decanato de la facultad de derecho deja sin efecto la licencia laboral concedida cuando Aníbal Torres ingresó a la administración pública. Sobre este punto hay que tomar en cuenta varios aspectos relacionados a lo que anteriormente señalamos sobre el sentido de la prueba y su función dentro del proceso como medio del juez para percibir la “realidad” que va a juzgar.

En estos correos, que corresponden al 14 de diciembre del 2022, la solicitud que buscaba dejar sin efecto la licencia sin efecto y la respuesta del decanato se dan el día anterior a la audiencia de prisión preventiva (LP, 2022). Esta relación laboral entre la universidad y el imputado se retoma un día antes de la audiencia de prisión preventiva, o si se quiere decir también, una semana después de que sucedan los hechos que eran materia de investigación. E incluso a la defensa se le escucha decir que estos correos fueron enviados a las ocho con cuarenta y ocho de la noche mientras que el juicio comenzó aproximadamente a las ocho de la mañana del día 15 de diciembre, esto

quiere decir que el imputado recién “recuperó” su “arraigo laboral” 12 horas antes de que lo presente como medio probatorio en la audiencia.

Hay otra cuestión más allá de lo cuestionable que puede parecer eso y que esta práctica es mucho más común de lo que parece. Especialmente si hablamos del arraigo laboral en un contexto de informalidad no sería sorprendente ver que las relaciones laborales son “complejas” por lo menos decir. Esto se produce porque existe una definición de arraigo adoptada bastante permisiva para estas situaciones. Definición que ha sido difundida por la doctrina procesal, al parecer, sin mayor detenimiento en sobre qué es lo que están teorizando, este error también se reprodujo en la producción legislativa, generando que el NCPP tenga una redacción que no ayuda a solucionar esta situación.

Un estudio bastante interesante y que nos da un panorama más real sobre este tema es el de Ernesto de la jara et al. (2013) quien hace un examen sobre una muestra de 138 casos y los evalúa en torno a los elementos de la prisión preventiva. El dato que interesa en el estudio es que, en el 90 % de los casos, se discute sobre el peligro de fuga, y en el 60 % de estos casos se habla de la falta de arraigo. En el estudio se señala que tanto las partes como el juez, tienen un mayor “interés” en el arraigo laboral y domiciliario que sobre el familiar.

Este fenómeno de prestar mucha más atención al arraigo “socioeconómico” no es casual, sobre todo si hablamos de un contexto social en donde la situación laboral está bastante precarizada. Esto, aunque tiene explicaciones que se alejan por mucho de nuestro propósito en este trabajo, también tiene que tenerse en cuenta al establecer una costumbre jurisprudencial. Como es de esperarse, la delincuencia “a pequeña escala”- robo de celulares, asaltos, hurtos, etc.- y los delitos sexuales son los que más presencia tienen en los tribunales peruanos, y justamente son los primeros los que mayormente están presentes en zonas de bajos recursos, tal como muestra el Instituto Nacional de Estadística e Informática (2023), los distritos de Lima Metropolitana en los que hay una mayor incidencia de hechos delictivos son distritos con población de bajos ingresos. Según el informe técnico elaborado por dicha entidad, los distritos de mayor incidencia delictiva son San Juan de Lurigancho, Lima, San Martín de Porres y Comas, siendo que estos cuatro distritos representan aproximadamente el 31% de las denuncias por comisión de delitos de Lima Metropolitana. En estas zonas subsisten problemas relacionados con el empleo, la vivienda, el acceso a la salud, la educación y el acceso a los servicios básicos. Esto indudablemente condiciona la capacidad que tiene el juez para determinar el arraigo laboral y domiciliario, e inclusive el familiar.

En la doctrina nacional, En Pablo Sánchez (2009) encontramos una breve “definición”- entre comillas debido a que no es un concepto como tal, sino una descripción de cómo este se configura- y, sin embargo, no vemos que este autor desarrolle el arraigo en sus modalidades, - pese a que incluso las enumera- sino que este se limita a parafrasear lo establecido en el Código Procesal Penal.

“El arraigo en el país del imputado, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia y de sus negocios o trabajo y las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto, Estos criterios, permiten establecer si el imputado, en razón de su familia, sus propiedades, su domicilio, residencia habitual, su trabajo o bienes está en las condiciones de fugar de la acción de la justicia.” (p. 338)

En cuanto al tratado elaborado por Neyra Flores (2015), encontramos un avance sobre esta cuestión. Este autor establece que la palabra arraigo tiene dos acepciones, las mismas que mencionamos en la introducción, aunque nuestra lógica inicial no fue partir de las acepciones de arraigo como un problema léxico y ajeno al ámbito jurídico.

“La real academia de la lengua española define al arraigo como acción y efecto de arraigar, así, en su primera acepción significa echar o criar raíces; en una segunda acepción, establecerse de manera permanente en un lugar, vinculándose a personas y cosas. En ese sentido el CPP señala que el arraigo en el país del imputado está determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia y de sus negocios o trabajo y las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto.

En sentido procesal, arraigo significa el sometimiento o vinculación del imputado con otras personas o cosas.” (p. 174)

El autor al precisar la definición de arraigo “en el sentido procesal” hace una precisión aparentemente adecuada, sin embargo, el problema ocurre cuando señala que el arraigo es “sometimiento” o “vinculación”, esta redacción disyuntiva puede hacer parecer que ambos términos son equivalentes cuando no lo son. El autor asume que el arraigo es una relación de *sometimiento o vinculación*, lo que lleva a preguntarnos, ¿Qué sentido es el que quiere otorgar al arraigo?, ambas palabras “sometimiento” y “vinculación” son diferentes² ambas derivan en dos cuestiones diferentes, lo que genera un problemático caso de paralelismo conceptual de una institución procesal. Evidentemente este problema que se presenta como meramente lingüístico tiene un enorme impacto en el ejercicio judicial, que ya desarrollaremos más adelante.

Estas críticas pueden extenderse a muchos autores, sin embargo, resulta interesante el caso del profesor Ore Guardia (2016), quien hace referencia a una circular del poder judicial sobre la prisión preventiva y cita la misma señalando que la demostración de arraigo no es un mero ejercicio de señalar si este existe o no, sino que se debe valorar la “calidad” de este arraigo, lo que se acerca en cierta medida a la problemática que planteamos, y que sin embargo no la soluciona. Sobre esta circular podemos señalar que es justamente un problema que tendría que evaluarse cuando en la praxis no se haya creado la costumbre judicial de afirmar la existencia del arraigo cuando se realiza un mero señalamiento a una relación laboral existente.

Por otro lado, un texto con el cual coincidimos- por lo menos al ensayar una definición de arraigo laboral- es el de Jefferson Moreno donde elabora establece una definición de arraigo como relación de subsistencia:

“En el arraigo laboral lo que se debe verificar es la existencia de un puesto u ocupación en un trabajo o negocio dentro de la localidad o el país que demuestre la capacidad de subsistencia.” (p. 87).

Tenemos, entonces, por un lado, a un ejercicio judicial que tiene una preferencia en el arraigo laboral por sobre otros supuestos para establecer la prisión preventiva y, por otro lado, tenemos una situación de deficiencia a nivel legislativo, doctrinal y jurisprudencial que se traduce en una tradición de sostener erróneamente la figura del arraigo.

En ese sentido cabe hacer la comparación de la redacción nacional y la redacción internacional, y justamente en ese sentido en el A.P. 1-2019, se hace mención de un caso de la CIDH, en la que se condenó al estado ecuatoriano a realizar una serie de acciones a modo de reparación al agraviado, esto debido a que entre los puntos que se discutió se encontraba la incompatibilidad entre el artículo 114 del Código Penal ecuatoriano y la Convención Americana de Derechos Humanos, disponiendo lo siguiente en la sentencia del caso Suárez Rosero Vs. Ecuador(1997):

“Aunque las dos primeras disposiciones del artículo 114 bis del Código Penal ecuatoriano asignan a las personas detenidas el derecho de ser liberadas cuando existan las condiciones indicadas, el último párrafo del mismo artículo contiene una excepción a dicho derecho.”.

Tras este caso, el legislador ecuatoriano optó por una fórmula mucho menos invasiva de la prisión preventiva, pero siendo reservado para imponer los requisitos a cumplir para la imposición de esta medida, en los siguientes términos:

Art. 167.- Prisión preventiva.- Cuando el juez de garantías penales lo crea necesario para garantizar la comparecencia del procesado o acusado al proceso o para asegurar el cumplimiento de la pena, puede ordenar la prisión preventiva, siempre que medien los siguientes requisitos: 1. Indicios suficientes sobre la existencia de un delito de acción pública; 2. Indicios claros y precisos de que el procesado es autor o cómplice del delito; y, 3. Que se trate de un delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año. 4. Indicios suficientes de que es necesario privar de la libertad al procesado para asegurar su comparecencia al juicio. 5. Indicios suficientes de que las medidas no privativas de libertad son insuficientes para garantizar la presencia del procesado al juicio.

Esto reemplazo a un texto mucho más escueto y que además era bastante subjetivo en cuanto la libertad que tenía el juez para presumir ciertos hechos. La redacción del código anterior disponía la imposición de esta medida coercitiva en los términos siguientes:

Art. 177.- El Juez podrá dictar auto de prisión preventiva cuando lo creyere necesario, siempre que aparezcan los siguientes datos procesales: 1.- Indicios que hagan presumir la existencia de un delito que merezca pena privativa de libertad; y, 2.- Indicios que hagan presumir que el sindicado es autor o cómplice del delito que es objeto del proceso.

La redacción más actual del legislador ecuatoriano tiene mayor parecido a la redacción del legislador alemán en la medida que ambos no piden al juez que evalúe cuestiones como el arraigo, a diferencia de la redacción de nuestro país. El legislador alemán incluso otorga más espacio para la valoración de la prueba al juez, siendo que establece la imposición en los siguientes términos:

Alguien es condenado a una pena de prisión de al menos dos años por un delito intencional que: a) se dirija contra la vida, la integridad física, la libertad personal o la autodeterminación sexual(...) 2. el autor ya ha sido condenado dos veces a una pena de prisión(...) 3. ha cumplido una pena de prisión de al menos dos años por uno o más de estos delitos antes del nuevo delito o se encontraba en proceso de cumplimiento de una medida privativa de libertad de corrección y seguridad y 4. La evaluación general del perpetrador y sus acciones muestra que es peligroso para el público en general(...)

Como se puede apreciar, ambas legislaciones tienen un mayor espacio para que el juez pueda evaluar los peligros a los que se puede exponer, no solo el proceso, sino también las presuntas víctimas del hecho delictivo al menos en el caso alemán, mientras que, en el caso ecuatoriano, el legislador liga la

posibilidad de imponer esta medida a la situación de que las otras medidas no tengan un efecto suficiente para el imputado. Como se puede observar, ambos tienen una redacción más holística y completa sobre el fenómeno en cuestión.

El arraigo es ineficaz si se toma como una relación establecida, cuando debería evaluarse en la capacidad de subsistencia en concordancia al contexto específico, para que condicionen la permanencia del imputado en el proceso como hemos señalado anteriormente. Sin embargo, incluso adoptando esta posición, consideramos que no es la adecuada para el uso judicial. En efecto, señalamos que la redacción del CPP debería requerir una relación de subsistencia para otorgarle una mayor capacidad de valorar debidamente la posibilidad de evasión de la justicia por parte del acusado para que el arraigo como institución procesal sea más eficiente, sin embargo, por encima de ello consideramos que el problema con el arraigo va mucho más allá de su redacción. Esta propuesta de recurrir a la capacidad de subsistencia del imputado generaría una situación en la que solamente las personas de bajos recursos cuenten con arraigo laboral, familiar y etc. Mientras que las personas de alto poder adquisitivo no contarían con arraigo porque cuentan con todos los medios para prescindir de su actividad laboral generando una suerte de trato desigual que vulneraría los derechos. Por otro lado, el conocimiento de la situación del imputado en relación a sus ingresos, gastos, regularidad laboral y otras relacionadas a su ámbito de desarrollo social, suelen ser difíciles de probar porque no decir que la información está tan dispersa y difícilmente registrada que requerirla, poner una valla probatoria muy alta a las partes y al juez, dificultando el proceso y la aplicación de la medida. La adopción de una propuesta que lleve al límite los requerimientos para la imposición de la prisión preventiva a través del arraigo puede ser coherente y lógica,

Tesis

A todo esto, ¿Porque señalar en el mencionar la palabra “prueba” en el título si hasta ahora no hemos desarrollado algo relacionado a ella? Lo que hemos optado por hacer al comenzar, es exponer de como el arraigo se ha desvirtuado- no solo desde la práctica, sino desde su nacimiento como norma- y como esto conlleva a otros “problemas”.

Una prueba es un objeto cuyo propósito es demostrar algo, si la palabra queda convertida en verbo (probar) esta actividad busca constatar —o mejor dicho dilucidar una cuestión— una presunción, hipótesis, argumento o en general, aquellas ideas que se buscan sustentar. la cuestión de la prueba en sí y como tal, esta cumple un rol de ejercicio epistemológico. Como es de esperarse con la separación del actor juzgador y el acusador, vemos que el juez tiene un recorte de su capacidad para adicionar información al proceso, en cambio, se relega esta tarea a las partes de manera casi exclusiva de modo que ante el juez se presentan dos partes que sostienen un discurso sobre una realidad

que difiere una de otra- de otro modo no habría controversia ni necesidad de proceso-. debido a que el juez no puede caer en el ejercicio arbitrario de juzgar y acusar a la vez no puede conocer más allá de lo que han señalado- o por lo menos referenciado- las partes (Roxin, Claus et al., 1993). Para el juez la realidad que tiene frente a si es una oscuridad total que se ilumina con los medios probatorios que se añaden al proceso (Taruffo, M. 2005). Esto ocasiona dos problemas, el primero relacionado a la capacidad que tiene el juez de conocer la “verdad” y el segundo relacionado al establecimiento de un límite mínimo sobre el cual deben ser aceptadas las pruebas como verdaderas y útiles al proceso- es decir el ejercicio de la valoración. La prueba pretende ser parte de los soportes de la argumentación y sostener las afirmaciones del proceso en torno a la responsabilidad del imputado sobre los hechos atribuidos. Lo que se prueban son estos argumentos que pueden o no corresponderse con la realidad (Silva-Vallejo, J. 2014), Esta función que cumple la prueba dentro de la argumentación implica que las partes otorguen un sentido a la prueba, es decir que la pruebas tenga un sentido probatorio pertinente (art. 156 del CPP). Esto implica que para la admisibilidad de los elementos probatorios se impongan reglas mínimas en su actuación, si se busca cumplir con la economía procesal como con un debido proceso, y por ello en nuestro ordenamiento procesal presenta reglas que buscan delimitar este ejercicio epistemológico. En el caso particular del arraigo el centro de controversia pasa justamente por la valoración de prueba y el sentido que ha tomado este ejercicio valorativo en el ejercicio procesal de las partes e incluso del juez. Esto definitivamente implica que el hecho de señalar la existencia del arraigo se vea influenciado por las “probabilidades” que el juez vea en el caso particular. Sin embargo, a diferencia de las ciencias exactas, en el derecho se trabaja en torno a probabilidades subjetivas(véase por ejemplo el caso de la motivación más allá de toda duda razonable y la íntima convicción), es decir, que quien vaya a decidir sobre la mayor posibilidad de que ocurra un suceso será el juez o los jueces según sea el caso, y ellos estarán obligados a “motivar” debidamente su fallo, es por ello que sistemáticamente hablando, el ejercicio judicial recurre(y necesita) a la doble instancia para que dicha decisión sea avalada por otro ser pensante que al igual que el primero(y seguramente al igual que todos los demás seres pensantes) considere que dicha decisión está de acuerdo a derecho(Ferrer, 2022). Esta sistematicidad del sistema jurídico (no solamente judicial) que existe detrás del señalamiento del arraigo como existente o inexistente para imponer la prisión preventiva es un caso bastante claro de la aplicación de la teoría constitucional especificacionista, y nuevamente remitiéndonos al Acuerdo Plenario N.º 1-2019/CJ-116(2019), se señala que la legitimación de la prisión preventiva se basa en:

que su configuración y su aplicación tengan, (i) como presupuesto (causa o motivo), la sospecha fuerte de la comisión de un delito grave; (ii) como objetivo (o propósito), la consecución de fines

constitucionalmente legítimos y congruentes con la naturaleza de la medida; y (iii) como objeto (o naturaleza), que se la conciba, tanto excepcional, subsidiaria, provisional y proporcionada a la consecución de los fines antedichos.

Como vemos, en este Acuerdo Plenario recalcan que el conflicto de la prisión preventiva con la libertad del imputado se resuelve señalando (o especificando) cuales son las propiedades de ambas instituciones jurídicas, y llegan a la conclusión de que es necesario que se restrinja la libertad en el caso que se presenten tales condiciones, entre ellas la necesidad excepcional(naturaleza) de aseguramiento del proceso(objetivo) basado en la sospecha fuerte de la comisión de un delito(motivo). Entonces, vemos que el argumento central de la imposición de la prisión preventiva es que existe una alta probabilidad de que el proceso se truncara por el escape del imputado.

Relevancia de la tesis

Como sucede con toda propuesta especificacionista de resolución de conflicto entre derechos fundamentales, la solución se vuelve blanco fácil de críticas (en realidad, es una cuestión empírica que demuestra la incapacidad de la norma para prever todas las situaciones durante su periodo de aplicación). En el caso de la prisión preventiva existen puntos específicos que encaminan a una mala praxis a los operadores jurídicos, más allá de las imprecisiones del texto en algunas cuestiones importantes. El hecho de elaborar una serie de condiciones necesarias para determinar la prisión preventiva produce que, -se cumplan estos requisitos o no-, no siempre se evalúen todos debidamente y con la importancia que le debería corresponder. En el estudio citado de Ernesto de la Jara se ve eso, muchas veces se discute sobre el arraigo (y sobre todo el laboral) cuando apenas es un requisito de los cinco que existe para determinar el peligro de fuga e incluso el peligro de fuga no agota los presupuestos para la prisión preventiva, sino que discurre por el peligro de obstaculización y de los presupuestos materiales.

Conclusión

El arraigo como tal, está mal estructurado, la sola demostración de la relación laboral no implica que el imputado fuera a permanecer dentro del imperio de la ley. Si bien, podría pensarse inicialmente que el imputado debería demostrar una relación de subsistencia mínima (es decir, que dependa exclusivamente de su trabajo) para que realmente exista un “arraigo” que asegure la permanencia del imputado en el proceso. Evidentemente, este cambio en la práctica judicial llevaría consigo un aumento en la imposición de la prisión preventiva, ya que no todas las personas serían capaces de demostrar su dependencia de la actividad laboral o su falta de recursos más allá de sus ingresos provenientes de dicha actividad.

Esto, más allá de ser imposible en la práctica por la complejidad de la situación laboral, sugiere una actividad más agresiva y discriminatoria por parte del juez, ya que toda persona con alto poder adquisitivo o simplemente con el suficiente dinero para no depender de su trabajo estaría en una situación de falta de arraigo y por ende caerían en prisión fácilmente, ocasionando un actuar errático por parte del sistema judicial.

Por lo que el camino que se presenta no agrava los mínimos para demostrar el arraigo, sino en la apertura de la norma para que los jueces puedan fundamentar su decisión en cada caso particular sin limitarse a requisitos de poca utilidad o demasiada hostilidad. Es por ello que consideramos que los ejemplos anteriormente señalados en el caso de la redacción de los códigos de procedimiento penal de Ecuador y Alemania resultan más idóneos a este fin. Ya que estos presentan un mayor equilibrio entre la imposición de la norma y el ejercicio valorativo del juez. Esto, sin embargo, no asegura totalmente que la actividad judicial sea óptima, ni que con esto se llegue a resolver los problemas de hacinamiento que hay en las cárceles.

Por tanto, es crucial reflexionar sobre la conveniencia de aplicar la prisión preventiva, no desde la perspectiva normativa o teórica, sino desde la situación real de la mayoría de los reclusos en las cárceles. De aquí surge la interrogante: ¿Es realmente necesario recurrir a la prisión como única manera de garantizar la ubicación de un acusado, lo que a su vez provoca la congestión en los centros penitenciarios? La respuesta es evidentemente negativa. En la actualidad, con la disponibilidad de diversas herramientas de localización como los grilletes electrónicos, es posible prevenir la fuga del acusado, o en todo caso mantenerlo ubicado en tiempo real. Esto no solo conciliaría las medidas cautelares que buscan asegurar el proceso con el respeto a la presunción de inocencia, sino que también reduciría el conflicto entre estos los intereses estatales en el ámbito de la persecución penal. Además, esta medida ayudaría a evitar que personas inocentes se vean influenciadas negativamente por el entorno corrupto y deplorable de las cárceles.

Por supuesto, esta alternativa no sería aplicable en todos los casos, como por ejemplo en delitos relacionados con el crimen organizado o el sicariato. No obstante, seguramente se podría considerar la posibilidad de otorgar este “beneficio” a los acusados de delitos de menor gravedad o a aquellos sin antecedentes penales. Pese a los retos de esta posibilidad y que deja material para otro trabajo, no es una opción interesante para solucionar esta situación, y que a la fecha ya hay proyectos de ley que buscan aplicar esta medida. En ese sentido, me gustaría culminar el presente trabajo con una cita de Zaffaroni (2015):

“Si nos quedamos en el mero plano normativo, nos centraremos en construir un sistema solo obsesionado por su completividad lógica, por su no contradicción interna, pero por desgracias estará huérfano de todo contacto con la realidad social, o sea, que podría llegar a ser un completo delirio bien sistematizado.” (p. 25)

Referencias Bibliográficas

- Código Penal. Suplemento del Registro Oficial No. 147. Artículo 114. 22 de enero 1971(Ecuador).
- Código de Procedimiento Penal. Ley 134 de 1983 en el Registro Oficial 511. Artículo 177. 10 de junio de 1983(Ecuador)
- Código de Procedimiento Penal. Ley 000 del 2000 en el Registro Oficial Suplemento 360. Artículo 167. 13 de enero de 2000(Ecuador)
- Nuevo Código Procesal Penal [NCPP]. Decreto Legislativo N.º 957. Artículo 269. 22 de julio del 2004(Perú).
- Corte IDH. Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador. Juicio, Fondo. Sentencia de 12 de noviembre de 1997, párr. 97
- Acuerdo Plenario N° 1-2019/CJ-116, XI Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria (2019). https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/bf08098049835a56a0caf49026c349a4/Acuerdo_Plenario_1_2019_CIJ_116_Prisi%C3%B3n_preventiva_Presupuesto_requisito..pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=bf08098049835a56a0caf49026c349a4
- Recurso Nulidad N.º 302-2018/LIMA NORTE, Corte Suprema de Justicia de la Republica del Peru, (2018). https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2019/10/R.N.-302-2018-Lima-Norte-Legis.pe_.pdf
- De la Jara, E. et al. (2013). *La prisión preventiva en el Perú: ¿medida cautelar o pena anticipada*. Instituto de Defensa Legal
- Dejure.org (2023) Prisión preventiva, Código Procesal Penal Obtenido de: <https://dejure.org/gesetz/StGB/66.html>
- Ferrer, J. (2022). *Manual de Razonamiento Probatorio*. Escuela Federal de Formación Judicial.
- LP-Pasión por el Derecho. “Audiencia de prisión preventiva contra Pedro castillo y Aníbal Torres (1/2)”. YouTube, 15 de diciembre de 2022. Video, 1:35:00. <https://www.youtube.com/watch?v=5LLZTSTNOzo>
- Moreno, J. (2023). *Audiencia de prisión preventiva*. Escuela de Derecho LP.
- Neyra Flores, J. (2015). *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Editorial Idemsa.
- Instituto Nacional de Estadística e Informática, Presupuesto por Resultados-(2018). Estadísticas de la Criminalidad, Seguridad Ciudadana y Violencia Una visión desde los registros administrativos, Abril – junio 2023. https://m.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/boletines/boletin_estadisticas_criminilidad.pdf
- Oré Guardia, A. (2016). *Derecho Procesal Penal Peruano*. Gaceta Jurídica.
- Roxin, C. et al. (1993). *El Ministerio Público en el Proceso Penal*. Editorial Ad-Hoc.
- Sánchez, P. (2009). *El Nuevo Proceso Penal*. Editorial IDEMSA.
- Silva-Vallejo, J. (2014). *La Ciencia del Derecho Procesal*. Ediciones Legales.
- Taruffo, M. (2005). *La prueba de los hechos*, Editorial Trotta.
- Zafaronni, E. et al. (2015). *Bases Para un Derecho Penal Latinoamericano*. Ara Editores.

Notas al final

¹ Por ejemplo, para demostrar el arraigo laboral, se presentan pruebas que demuestran la existencia de una relación laboral o al menos que el imputado realiza una actividad económica. Sin embargo, surge la pregunta de si la mera demostración de una relación laboral es suficiente para concluir que el imputado no intentaría escapar.

² Evidentemente no sostengo que las palabras sean contrarias o que no tengan relación semántica, ya que en palabras menos o más, lo que se establece con ambas es una relación entre cosas, la diferencia radicaría en todo caso, en que estas palabras son especie y género. Considerando a la vinculación como una forma general de señalar una relación entre dos entidades, mientras que el sometimiento es una forma de vinculación en la que una entidad se sobrepone a otra, en ambas palabras subsiste una idea de relación de dos o más entidades que no debe tomarse como equivalente.

INVESTIGACIONES NACIONALES

La prueba del dolor físico en el derecho procesal: una mirada desde las pruebas neurocientíficas

The proof of physical pain in procedural law: a look from neuroscientific evidence

*Hanssel Vega*¹

Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, Perú

<https://orcid.org/0000-0002-4850-617X>

hanssel.vega@unmsm.edu.pe

Presentado: 15/11/2023 - Aceptado: 23/12/2023 - Publicación: 30/12/2023

Resumen

Se presenta una investigación de tipo cualitativa, de carácter documental y analítico. Se parte desde la perspectiva, que el dolor físico, cuando es evaluado en materia del derecho (prueba del dolor), se evalúa y analiza, desde un contenido de subjetividad; es por ello por lo que, se pretende dar un acercamiento en cómo mejorar la eficiencia de su evaluación (hacerlo más objetivo) a partir de otras herramientas que vayan más allá de la forma clásica en cómo se establecen las pericias, en este caso desde la mirada de las neurociencias, específicamente con el uso de las pruebas neurocientíficas (neurotecnológicas) existentes hoy en día. Es así como se plantea el acercamiento del derecho a las ciencias exactas, con el fin de plantear nuevos conceptos o propuestas que sumen al ordenamiento jurídico.

Palabras clave: dolor, daño, neurociencias, neurotecnología, RMNf, daño corporal, dolor físico, pruebas periciales.

Abstract

A qualitative research, documentary and analytical in nature, is presented. It starts from the perspective that physical pain, when evaluated in terms of law (pain test), is evaluated and analyzed from a content of subjectivity; That is why it is intended to provide an approach on how to improve the efficiency of its evaluation (make it more objective) using other tools that go beyond the classic way in which expertise is established, in this case from the perspective of neurosciences, specifically with the use of neuroscientific (neurotechnological) tests that exist today. This is how the approach of law to the exact sciences is proposed, to propose new concepts or proposals that add to the legal system.

Keywords: pain, damage, neuroscience, neurotechnology, fMRI, bodily harm, physical pain, expert evidence.

I. Introducción²

En este artículo, se va a abordar el desafío de probar y cuantificar el dolor físico en los procesos judiciales, a través del uso de herramientas de neurociencia, como la Resonancia Magnética Nuclear Funcional (RMNF), la tomografía por emisión de positrones (TEP) y la electroencefalografía (EEG). El objetivo principal del artículo es investigar la viabilidad y eficacia de estas herramientas tecnológicas con el fin de para evaluar y cuantificar el dolor físico en procesos judiciales, buscando proporcionar una base objetiva para determinar indemnizaciones u otros aspectos legales relacionados al dolor. Se está recurriendo a recopilar información de plataformas académicas reconocidas como Scopus, Latindex y, como el abordaje es especializado, como son las pruebas neurocientíficas o neurotecnológicas, igualmente, se recurre a plataformas del área de salud como Pubmed.

Investigaciones anteriores han señalado los desafíos para medir objetivamente el dolor en contextos legales, como se menciona en los trabajos de Luna (2019, p.148) y Picó (2013). A pesar de esto, hay indicios crecientes que apuntan a que las neurociencias, especialmente el uso de las neurotecnologías, podrían aportar nuevos enfoques para abordar esta cuestión. Además, se busca examinar la aplicación de estas pruebas neurocientíficas en procedimientos judiciales, empleando un enfoque de evaluación racionalista, como premisa de partida (Ferrer, 2021, p.17). Por otra parte, es importante hacer mención que la delimitación del presente trabajo está en el campo exclusivamente de la probanza.

La motivación que se encuentra en esta investigación, es coincidiendo con Luna (2019, pag.96), que en los procesos judiciales al no existir un método adecuado, no solo para evaluar el dolor, sino para su cuantificación misma, por ejemplo en una indemnización, e plantear alguna alternativa de solución; por todo ello, se propone la hipótesis que ,podemos acercarnos, hoy en día, a esta problemática, partir de las neurociencias, siendo más específicos a través de las neurotecnologías como la Resonancia Magnética Nuclear Funcional (fRMN), La PET o la EEG. La evaluación del dolor como prueba, se da primordialmente desde su base subjetiva, por ende, la propuesta es darle un carácter de objetividad a partir de estas alternativas.

Por todo ello, es importante entender el dolor físico, primero desde una concepción a través de su carácter subjetivo, para luego a través de este artículo, desarrollar el análisis en el contexto objetivo, para luego ir al tema central: el acercamiento de estas pruebas neurotecnológicas o neurocientíficas como herramientas de prueba y de cuantificación del dolor en un proceso, a eso sumamos en nuestro análisis, la percepción que tenemos del perito de la prueba del dolor físico.

II. Concepto del dolor físico y su cuantificación.

En esta sección, lo que se pretende, es poder comprender el concepto del dolor físico para una mejor contextualización del tema de la evaluación de este.

2.1. Definición y bases científicas del dolor físico.

2.1.1. Percepción y experiencia subjetiva del dolor físico: El dolor físico se caracteriza como una vivencia tanto sensorial como emocionalmente adversa, vinculada a un daño real o posible de los tejidos corporales. Esta experiencia es intrínsecamente subjetiva, lo que implica que su percepción y juicio varían de persona a persona. La manera en que se percibe el dolor físico resulta de una compleja interacción de elementos sensoriales, cognitivos y emocionales. Factores como la edad, el género, el entorno cultural y el estado emocional incluyen en cómo se experimenta el dolor físico. Estos aspectos pueden alterar tanto la intensidad como la interpretación del dolor físico, generando variaciones notables en cómo diferentes individuos experimentan en dolor, según indica en estudios de Baliki (2015) y Davis (2019)

Muy aparte de lo descrito, existe en la literatura, diversas concepciones sobre el tema del dolor físico; sin embargo, vamos a enmarcarlo, tal y como lo establece la Asociación Internacional para el Estudio del Dolor (IASP), que desde 1979, lo definía como: “experiencia sensitiva y emocional desagradable, asociada a una lesión tisular real o potencial”; sin embargo, la propia asociación, moderniza su concepto en el 2020, sumándoles otras variables a esa definición, entre ellas, el carácter de experiencia personal a partir de diversos factores: biológicos, psicológicos e inclusive sociales; por otro lado, le agrega, que el dolor no solo depende de la actividad de neuronas sensoriales, como sí lo es, exclusivamente, la nocicepción y le da el agregado conceptual, que, una de las formas de expresar ese dolor es a través de la verbalización. Remarcamos que el dolor tiene dos matices: uno de ellos, es el dolor físico, que tiene como punto de partida nuestra sensorialidad, a partir de receptores del dolor (nociceptores) que luego, se traslada esa información hacia nuestro cerebro para que sea quien interprete ese dolor; lo otro, es el dolor psíquico (mental, emocional), que interioriza otras sensaciones como la angustia, ansiedad y otras formas de expresión donde pueda verse afectada, la personalidad de los individuos. Una vez delimitado el dolor psíquico como el físico, autores como Méndez (2019, pag.176) citando a Engel (1959) refieren que, puede existir dolor psíquico sin la existencia del dolor físico, pero no dolor físico sin dolor psíquico, pues este siempre se acompaña de aquel, es así como, se pone énfasis que el dolor es entonces un fenómeno psíquico: una persona puede estar ansiosa porque le dieron una mala noticia (su hijo fue atropellado) sin tener esa persona dolor físico.

2.1.2. Mecanismos neurofisiológicos involucrados en la transmisión del dolor: El dolor físico se origina en la activación de los nociceptores, que

son neuronas de carácter especializado, que detectan estímulos que generan daño o potencialmente dañinos. Cuando se genera una lesión o una amenaza para los tejidos, los nociceptores envían señales al sistema nervioso central, transmitiendo la información del dolor. Esta transmisión del dolor implica una compleja red de vías y regiones cerebrales. Los estímulos dolorosos son conducidos a través de las fibras nerviosas periféricas y llegan a la médula espinal, donde se produce la modulación y amplificación del dolor. Posteriormente, las señales dolorosas son transmitidas hacia áreas superiores del cerebro, como la corteza somatosensorial y las regiones relacionadas con la atención y la emoción (Corder,2019).

2.1.3. Diferencias individuales en la experiencia y tolerancia al dolor: Existe una amplia variabilidad en la forma en que las personas experimentan y toleran el dolor físico. Algunas personas pueden ser más sensibles al dolor y presentar una mayor intensidad de respuesta, mientras que otras pueden mostrar una mayor tolerancia o incluso una disminución de la percepción del dolor. Para poder entender este punto, se cita un ejemplo de aplicación en el campo legal: En un accidente automovilístico, es común que se presenten reclamos que buscan compensar los daños y perjuicios debido a lesiones sufridas. En este contexto, las diferencias de carácter individuales en la experiencia y tolerancia al dolor pueden desempeñar un papel crucial en la determinación de la indemnización adecuada para la víctima. Cuando se está frente a dos personas que se ven involucradas en el mismo accidente automovilístico y sufren lesiones similares en la espalda y piernas, uno de ellos muestra una mayor sensibilidad al dolor y una intensidad de respuesta más alta, lo que resulta en una disminución significativa de su calidad de vida y capacidad para el trabajo. Por otra parte, el otro individuo parece tener una mayor tolerancia al dolor y una disminución menos pronunciada en su funcionalidad diaria. Todo eso se explica, porque las diferencias individuales en la experiencia del dolor pueden estar determinadas por diferentes factores, incluyendo factores de tipo genéticos, factores psicológicos (hay personas más ansiosas que otras), la experiencia previa al dolor, y los mecanismos de regulación del dolor. Además, a ello, los mecanismos neurobiológicos, como los sistemas de modulación del dolor endógeno, también pueden influir en la variabilidad de la experiencia y tolerancia al dolor.

2.2. La cuantificación del dolor físico.

En relación a su cuantificación, Vicente (2018,p.228) evalúa en forma comparativa, las diversas escalas y cuestionarios de valoración del dolor; el mismo autor concluye que su valoración es compleja, no dándole ninguna categoría definitiva a ninguna de ellas(cuestionarios, escalas de evaluación),y además sostiene que, es el investigador, que en cada caso, debe de decidir qué herramienta usar para una situación en concreto, esto tiene sentido, por supuesto, no solo en el campo clínico, sino también, pericial, vale decir en la

aplicación en el derecho. Para cuantificar este dolor, existen en la literatura, diversos cuestionarios como: Cuestionario de Dolor de McGill ,Cuestionario de Dolor en Español (CDE),Cuestionario DN4 (DN4), Cuestionario Breve del Dolor (Brief Pain Inventory), entre otros, que permitirían evaluar, por ejemplo, en cómo interioriza una persona al tener un cáncer de colon o un dolor producto de un traumatismo en alguna zona del cuerpo; sin embargo, existen, igualmente, las Escalas de valoración de tipo unidimensionales como son las reconocidas: Escala de Escala Numérica (NRS), la Escala de Puntuación Verbal (VRS) o la Escala Analógica Visual (VAS), donde se le pregunta a la persona el identificar su grado de dolor desde lo más mínimo a lo máximo, que como vamos a analizar posteriormente, pueden recaer, en un manto de subjetividad, que debemos aislarnos. Estos cuestionarios y escalas revisadas existen para evaluar el dolor de tipo físico, que como citamos en forma secundaria genera dolor de carácter psíquico, y ahí es donde se enfatiza lo complejo, el cómo evaluar objetivamente la psique, manifestada por emociones, lo hace aún más complejo.

III. El Dolor físico desde su subjetividad en el derecho procesal

Al abordar el tema del dolor físico, se debe tener en cuenta su perspectiva subjetiva. Varios estudios señalan que el dolor es fundamentalmente subjetivo, como lo establece Picó (2013, pag.83). Es decir, dos individuos pueden experimentar dolor o no , o si lo experimentan lo hacen en diferente intensidad, en una misma situación (por ejemplo, la muerte de un ser querido); sin embargo, hay un patrón común entre ambos individuos (siguiendo el ejemplo) , que puede ser extrapolado a cualquier persona: la percepción se interpreta y analiza exclusivamente en el cerebro, una estructura neuroanatómica que pesa aproximadamente 1,500 gramos y representa el 2% del peso corporal , siendo las neuronas su unidad funcional (Rosales, 2018, pag.254). La comunidad científica está realizando una amplia investigación en el campo de las Neurociencias, como el proyecto BRAIN³. Más allá de la base biológica, en la que se asienta la percepción, es darle un acercamiento con el derecho; esa percepción del dolor si no aparece; un acto no es indemnizable (Picó, 2013, pag.84). Esa percepción, ya de por sí, tiene un velo de subjetividad, peor aún, si lo llevamos al terreno empírico, y de pronto, nos imaginamos que pasaría con una persona, quien demanda una indemnización, para “mejorar” la cuantía, puede exagerar esa percepción del dolor, por ende, complica la probanza de este; la percepción, ya partía de compleja, ahora, sumado a ello, una creación de una mayor percepción del dolor, lo hace doblemente complejo.

Este artículo lo hemos presentado desde el concepto del dolor y no del daño moral, donde la mayoría de la literatura aterriza su análisis, tanto en el análisis dogmático, jurisprudencial, como la misma ley; sin embargo,

una primera reflexión que planteamos: ¿podemos hablar indistintamente de dolor y de daño moral? Un acercamiento a ésta interrogante nos plantea Picó (2013), el autor refrenda que puede haber una coexistencia entre ambas, pero desde la perspectiva cronológica, puede existir la posibilidad que uno dure más que el otro, es un punto que no coincidimos con el autor, ya que , el problema que plantea Picó, en su inferencia es no interpretando, como habíamos descrito anteriormente, siempre el dolor es psíquico, independiente a que si procede o no un dolor físico, por ende, nuestra postura es que el dolor (físico o psíquico) siempre está anexo al daño moral, existe un sincronismo entre ambos, por ende puede si plantearse como conceptos indistintos, y eso lo argumentamos a partir de lo que nos proponía el mismo Engel en 1959: el daño físico se subsume en el daño psíquico, y por ende, sea dolor o daño moral, la problemática no radica en el concepto, sino en la prueba de los mismos.

Para cerrar esta sección se plantean algunos problemas que pueden generar en el ámbito del derecho si el dolor físico es evaluado sólo desde una perspectiva subjetiva:

- Falta de objetividad: El dolor físico es una experiencia subjetiva y personal, lo que hace difícil su evaluación objetiva. La percepción del dolor varía de una persona a otra, y no existe una medida que sea universalmente aceptada para poderlo cuantificar. Esto puede llevar a desafíos al intentar determinar la existencia y la intensidad del dolor experimentado por un individuo.
- Dificultad para probar y cuantificar el daño: La subjetividad del dolor físico dificulta la prueba y cuantificación del daño en casos legales. Los tribunales suelen basarse en pruebas tangibles y objetivas para determinar la existencia y el alcance del daño. Sin la existencia de una forma objetiva de evaluar el dolor, puede ser muy complicado establecer su impacto en la vida de la persona y la compensación adecuada que se le debe otorgar.
- Riesgo de exageración o falsificación: La existencia de la subjetividad del dolor físico también puede dar lugar a problemas de credibilidad. Algunas personas pueden exagerar o falsificar sus síntomas de dolor con el fin de obtener una compensación o beneficio legal. Esto puede dificultar la diferenciación entre los reclamos que son legítimos y aquellos que no lo son, lo que pone en riesgo la integridad del sistema legal.
- Dificultades en la prueba y la corroboración: la subjetividad del dolor físico puede plantear desafíos en términos de pruebas y corroboración. La falta de una medida objetiva puede dificultar la presentación de pruebas sólidas y convincentes en un caso legal.

Además, la corroboración del dolor físico puede ser complicada, ya que no siempre existen signos físicos visibles o evidencia médica concluyente que lo respalde.

Con todo esto, se resume que la evaluación del dolor físico desde su subjetividad en el derecho puede generar problemas relacionados con la falta de objetividad, la dificultad para probar y cuantificar el daño, el riesgo de exageración o falsificación, y las dificultades en la prueba y la corroboración. Estos desafíos resaltan la necesidad de enfoques más objetivos y basados en pruebas en la evaluación del dolor físico en el ámbito legal, tema que será desarrollado en la sección siguiente.

IV. La objetivación de la prueba del dolor con las neurotecnologías. Aplicación en el derecho procesal.

Anteriormente describimos que existen formas que permiten evaluar el dolor, por lo tanto, probar su existencia y en forma extensiva el quantum de este y, que, dentro de un proceso, por ejemplo, de carácter indemnizatorio, se pueda plantear el pretium del dolor. Para desarrollar este punto, se hará uso, de lo que establece la judicatura peruana- como puede seguir la misma línea otras realidades jurídicas- donde se pueda afianzar el tema. En el ámbito peruano, tal y como lo establece el Art. VIII del Título Preliminar del Código Civil, existe una obligación de suplir los defectos y deficiencias de la ley, tal como lo analiza igualmente (Luna, 2019), frente a la existencia de vacíos o defectos, que para la legislación peruana, se debe recurrir a los principios generales del derecho procesal, a la doctrina y la jurisprudencia correspondiente, y es así que mediante la casación No 1594-2014 – LAMBAYEQUE, la cual en su quinto considerando señala que: *“el daño moral es particularmente difícil de acreditar debido a que las personas no expresan sus sentimientos o emociones del mismo modo. Tema complejo y muy difícil de probar”*. Existe, a nuestro entender, una visión pesimista del tema desde ese enfoque jurisprudencial y, no nos plantea alternativas de solución. Podemos por lo tanto, estar en situaciones tan disímiles que exijan probar, como: la percepción del dolor psíquico del hijo cuyo padre ha muerto, el dolor mental o emocional del futbolista que fue difamado en televisión nacional (Caso Guerrero vs Magaly Medina) que se llevó hasta la Corte Suprema de Justicia Peruana (R. N. N° 449 – 2009) que generó una sentencia de delito contra el honor contra la periodista y el pago indemnizatorio correspondiente; la percepción del dolor físico del hombre que pierde un brazo producto de un accidente de tráfico, entre otros, el punto común entre todos ellos: la complejidad de la prueba del dolor (físico o psíquico de origen). Por otra parte, dentro del objetivo planteado en este artículo fue es circunscribir el tema en torno a la evaluación no de todo tipo de dolor sino del dolor físico.

Entonces frente a todo esto, ¿Darle un contenido objetivo, para la evaluación del dolor físico, es hacer uso de los cuestionarios y/o escalas de

medición anteriormente descritos? ¿Los resultados numéricos, que permiten cuantificar el dolor como el EVA (escala visual analógica), qué grado de sensibilidad, especificidad o margen de error tienen para detectar el dolor físico?

Tal y como se refirió anteriormente, Vicente (2018,p.228), luego de una revisión comparativa de diversos cuestionarios y escalas, concluye que, si bien, los cuestionarios y escalas tienen variables de medición, en muchos casos, distintas, no existe un diferencial importante entre ellas (en cuanto a su eficacia) y queda del lado del perito, el elegir la que considere conveniente para cada caso; con ello, se considera que de alguna forma se puede hacer que las pruebas sean menos subjetivas, pero pretender decir que son objetivas, es un poco forzado. En relación con los datos de sensibilidad y especificidad sobre la Escala Visual Analógica EVA existen referidos al estudio del dolor físico en temas clínicos médicos y no en el campo pericial. “¿Se puede ver el dolor?” (Deus, 2009, pag.228), el autor define al dolor como una compleja experiencia sensorio-emocional, que es modulada por factores cognitivos al cual le acuña una base neurofisiológica: el sistema neural y en función a ello comprender a lo que nos propone Melzack (1989) cuando nos habla de la matriz neural del dolor o neuromatrix, que es la que va a definir los rasgos de la vivencia sensorial de cada individuo (Cárdenas,2015); hablar por ende de neuromatrix, es entender cada una de las estructuras que forman parte de este complejo sistema neural.

Ahora sí, teniendo como base la comprensión a todo ese sistema neural, se analiza la función que cumplen las pruebas neurotecnológicas(neurocientíficas). Frente a todo esto y, de una manera mejor descriptiva, se analizará la contribución de cada prueba neurocientífica para la evaluación del dolor físico y, conociendo su existencia y el quantum, se pueda relacionar con la aplicación en el derecho, sobre todo en el campo procesal:

4.1. Resonancia magnética funcional (fMRI): aplicación en la identificación y cuantificación del dolor físico.

Se plantea, en primer lugar, algunas generalidades en relación con esta técnica neurocientífica. Se trata de una técnica de neuroimagen que permite medir las variaciones de la actividad cerebral asociados con el procesamiento cognitivo y perceptivo. Se basa en la detección de cambios en el flujo sanguíneo cerebral, proporcionando una medida indirecta de la actividad neuronal. La fMRI ha demostrado ser una herramienta eficaz para identificar patrones cerebrales específicos asociados con la experiencia del dolor. Estudios han identificado regiones cerebrales activadas durante la percepción del dolor, como la corteza somatosensorial, la ínsula y la corteza cingulada anterior.

Estas regiones muestran respuestas distintivas que permiten distinguir entre estímulos dolorosos y no dolorosos.

Además de la identificación del dolor, la fMRI también puede proporcionar una medida cuantitativa del dolor. Al analizar la amplitud de la señal de la fMRI en regiones cerebrales relevantes, se puede establecer una correlación entre la intensidad del estímulo doloroso y la respuesta neuronal registrada. Esto permite una estimación objetiva de la intensidad del dolor experimentado por un individuo (Reddan, 2018, pag.209; Peyron, 2000). Otros autores como Deus(2009), en relación al uso fRMN, concluye que personas con problemas de fibromialgias, generan una anormal activación funcional del circuito del dolor, es así, que esta prueba permite observar la anormal respuesta funcional del cerebro a un estímulo nociceptivo; otra investigación describe que la RMNf demuestra ser un instrumento útil para la evaluación del dolor (Lapotka,2017). La descripción del autor, en efecto, permite entender el tema desde el análisis del dolor físico, pero se considera que poco o nada, se puede aportar desde la evaluación del dolor psíquico.

La aplicación de la fMRI en el ámbito del derecho ha despertado interés debido a su capacidad para proporcionar evidencia objetiva, o si se quiere expresar de otra forma: evidencia menos subjetiva, en casos relacionados con el dolor. La fMRI puede ayudar a respaldar o refutar las afirmaciones de dolor de un individuo, permitiendo una evaluación más objetiva de la existencia y la intensidad del dolor experimentado. Sin embargo, aunque la fMRI ofrece prometedoras posibilidades en la evaluación en el ámbito legal, también presenta algunas consideraciones y limitaciones. Estas incluyen la necesidad de validación científica adicional; es decir, un mayor número de trabajos de investigación empírica que permitan evaluar la eficacia de la fMRI como prueba de evaluación del dolor y la intensidad de este, otra consideración es la estandarización de los procedimientos y protocolos de análisis y, algo no menos importante, la consideración de la interpretación subjetiva de los resultados por parte de quienes son expertos y la aceptación judicial de la evidencia fMRI.

4.2. Tomografía por emisión de positrones (PET): mapeo cerebral del dolor.

En primer lugar, algunas consideraciones con relación a la Tomografía por Emisión de Positrones (PET): Es una técnica de imagen médica que permite visualizar la actividad metabólica y funcional del cerebro. Se basa en la detección de la radiación gamma emitida por los radiofármacos administrados al paciente. La PET se ha usado para mapear regiones cerebrales activadas durante la experiencia del dolor físico. Mediante la administración de un radiofármaco marcado, se puede seguir el flujo sanguíneo y el consumo de glucosa en el cerebro, lo que permite identificar las áreas que se activan

durante la percepción del dolor. Estudios de PET han identificado patrones cerebrales característicos asociados con la experiencia del dolor físico. Se han observado activaciones en regiones como la corteza somatosensorial, la ínsula, la corteza cingulada y el tálamo, que están involucrados en la percepción y procesamiento del dolor (Tracey,2009).

En el ámbito del derecho, el uso de la PET puede tener aplicaciones con el fin de evaluar y respaldar las demandas por dolor físico en casos legales. Al proporcionar una visualización objetiva de la actividad cerebral relacionada con el dolor, la PET puede ayudar a establecer la existencia y la intensidad del dolor experimentado por un individuo. La PET ofrece la ventaja de proporcionar una medida objetiva del dolor físico, lo que puede ayudar a superar los desafíos que se asocian con la subjetividad en su evaluación. Sin embargo, es prudente decir que la PET también presenta limitaciones, como su alto costo, la necesidad del uso de radiofármacos y equipos muy especializados, y la interpretación adecuada de los resultados por parte de expertos en la materia.

4.3. Electroencefalografía (EEG): correlatos neurofisiológicos del dolor.

Lo que corresponde primero es entender un poco lo relacionado a este procedimiento neurotecnológico. La electroencefalografía (EEG) es una técnica no invasiva que registra la actividad eléctrica del cerebro mediante la colocación de electrodos en el cuero cabelludo. Permite detectar y analizar los patrones de actividad neuronal, proporcionando información sobre los correlatos neurofisiológicos del dolor. En relación con el correlato neurofisiológico del dolor identificado por EEG, ésta ha revelado diferentes componentes y patrones de actividad cerebral relacionados con la percepción del dolor. Algunos de estos correlatos incluyen la amplitud y la sincronización de las oscilaciones cerebrales en frecuencias específicas, como la presencia de ondas alfa, beta y gamma, así como la presencia de potenciales relacionados con eventos (ERPs) específicos del dolor. El EEG puede utilizarse con el fin de evaluar el dolor físico al analizar los cambios en la actividad eléctrica cerebral inducidos por estímulos dolorosos. Estudios han demostrado que los correlatos neurofisiológicos del dolor medidos por EEG pueden diferenciar entre estímulos dolorosos y no dolorosos, así como proporcionar una medida objetiva de la intensidad del dolor (Tu, 2016, pag.502).

Si lo llevamos al campo del derecho, la EEG puede tener aplicaciones en el ámbito jurídico para evaluar y respaldar las demandas de dolor físico en casos legales. Al proporcionar una medida objetiva de la actividad cerebral relacionada con el dolor, la EEG puede ayudar a establecer la existencia y la intensidad del dolor experimentado por un individuo.

V. El Perito en la evaluación del dolor

Las pruebas neurocientíficas, como es el caso de la Resonancia Magnética Nuclear Funcional (RMNf), la tomografía de emisión de positrones (TEP) y la electroencefalografía (EEG) son técnicas usadas para el desarrollo de pruebas periciales y, tal como apunta Vázquez (2019,pag.25): “una forma de allegar información experta es mediante un tercero llamado perito”; es por eso que a continuación se describe lo que significa el perito, en el caso específico de la evaluación del dolor físico dentro de un proceso. En primer lugar, se parte de la premisa, que para este caso específico, existen o por lo menos idealizamos que existan peritos copartícipes, por un lado, el médico radiólogo con experticia en interpretar las RMN de carácter funcional (no todo médico radiólogo, por su condición de especialista, conoce esta forma particular de RMN en su forma funcional); por otra parte está el psiquiatra ,quien más allá, de conocer los problemas mentales, diagnosticarlos y por ende tratarlos, hoy en día, debe ser exigible que tenga aprestamiento en radiología, con el fin de hacer un mejor correlato entre sus hallazgos clínicos e imagenológicos; es ahí donde parte de nuestra propuesta: estar en un escenario ideal, donde se cuente, con neuro radiólogos para mejorar la eficacia de la pericia, ambicionamos que ese peritaje psiquiátrico se circunscriba con el análisis a la par de las neuroimágenes, así incrementar el rango de eficacia para objetivar el dolor (la literatura médica clínica nos da algunas luces, mientras que la forense aún carece de investigación empírica al respecto) ; y por último, avalamos la participación de otros peritos (otras especialidades), como puede ser el médico anestesiólogo para interpretar las escalas de valoración del dolor descritas y el mismo neurólogo que se presume que conoce en forma adecuada al cerebro desde su base anatómica, funcional y fisiopatológica. Es primordial que frente a nuestra propuesta como perito, la realidad nos lleve que en los procesos judiciales, esta pericia recaer exclusivamente en un informe pericial psicológico o psiquiátrico, que por sí, nos parece insuficiente para sostener: “está probado que P” (Ferrer, 2021), sin salir de la línea de la búsqueda de ese “perito confiable” que nos describe Vázquez (2019, pag.35), donde esa confiabilidad para la autora tiene un contenido tanto cognitivo, como motivacional, variables que no deben excluirse cuando se trata del peritaje neurocientífico, en este caso para la prueba del dolor físico.

En esta sección se ve oportuno plantear algunas de las características que deben de tener los peritos expertos:

- Conocimiento especializado: Los peritos expertos deben de tener un conocimiento profundo y actualizado sobre los fundamentos teóricos y técnicos de las pruebas de imagen si se trata de la RMNf o la TEP; así como una comprensión sólida de los correlatos neurofisiológicos del dolor.

- Experiencia clínica y científica. Es deseable que los peritos tengan una amplia experiencia clínica y científica en la evaluación del dolor, así como en la interpretación de las pruebas de imagen que utilizan. Esto les permitirá comprender la complejidad del dolor físico y su relación con los hallazgos de imagen.
- Formación interdisciplinaria: Dado que la evaluación objetiva del dolor implica la integración de conocimientos de diferentes disciplinas, los peritos expertos deben de tener una formación interdisciplinaria en campos de la medicina, la neurociencia, la radiología y la psicología. Esto les proporcionará una perspectiva holística y una base sólida para interpretar los resultados de las pruebas.
- Habilidades analíticas y de interpretación: Los peritos expertos deben poseer habilidades analíticas y de interpretación avanzadas para analizar y comprender los datos obtenidos de las pruebas de imagen y las neurofisiológicas como la EEG. Esto implica la capacidad de identificar patrones y anomalías, correlacionar los hallazgos con lo que siente la persona (evaluación subjetiva) y realizar una evaluación crítica de la relevancia de los resultados con relación al dolor físico.
- Objetividad e imparcialidad: Es esencial que los peritos sean imparciales y se adhieran a altos estándares éticos en su evaluación del dolor. Deben evitar sesgos y prejuicios, basando sus peritajes en evidencias científicas sólidas y en el contexto clínico del caso.
- Comunicación clara y efectiva: Los peritos deben de tener habilidades de comunicación clara y efectiva para poder explicar de manera comprensible los resultados de las pruebas de imagen en un proceso judicial y a otros profesionales involucrados en el proceso. Esto implica la capacidad de traducir el lenguaje técnico en términos accesibles y responder a preguntas y solicitudes de aclaración.

En resumen, los peritos expertos en la evaluación objetiva del dolor en relación con pruebas de imagen como la resonancia magnética nuclear, la tomografía por emisión de positrones y la EEG deben tener conocimientos especializados, experiencia clínica y científica, formación interdisciplinaria, habilidades analíticas, objetividad, imparcialidad y habilidades de comunicación efectiva. Estas características contribuirán a una valoración racional y objetiva de las pruebas con relación al dolor físico en un proceso judicial.

VI. Conclusiones

- La evaluación del dolor físico es un proceso altamente complejo que se desarrolla en los procesos legales, desde una perspectiva subjetiva. Con el fin de buscar una mayor objetividad, se recurre al peritaje de especialidades como la psicología, psiquiatría y neurología, utilizando cuestionarios y escalas ampliamente usados para evaluar el dolor.
- En el caso de la prueba del dolor físico, la prueba pericial desempeña un papel crucial debido a su fundamentación epistemológica y científica. Se recomienda el uso de escalas como la Escala Visual Analógica (EVA) y otras herramientas en la pericia del dolor físico (con las limitaciones tras su uso); sin embargo, no se ha encontrado evidencia que respalde su utilidad en la evaluación del dolor psíquico.
- La objetivación de la prueba del dolor físico en el ámbito legal es un desafío complejo. Se busca establecer la existencia y la intensidad del dolor físico mediante el uso de pruebas neurotecnológicas como la resonancia magnética funcional (fMRI), la tomografía por emisión de positrones (PET) como pruebas de neuroimagen. La fMRI ha demostrado ser una herramienta eficaz para identificar patrones cerebrales asociados con la experiencia del dolor físico. Permite una identificación precisa de las regiones cerebrales activadas durante la percepción del dolor y proporciona una medida cuantitativa de la intensidad del dolor experimentado. Por otro lado, la PET, al visualizar la actividad metabólica y funcional del cerebro, puede mapear las regiones cerebrales activadas durante la experiencia del dolor físico. Su uso en el ámbito legal puede respaldar las demandas por dolor físico al proporcionar una visualización objetiva de la actividad cerebral relacionada con el dolor.
- La EEG, al registrar la actividad eléctrica del cerebro, revela correlatos neurofisiológicos del dolor. Los patrones de actividad cerebral identificados por EEG pueden diferenciar entre estímulos dolorosos y no dolorosos, y proporcionar una medida objetiva de la intensidad del dolor experimentado. Es otra de las herramientas que pueden tener uso en los procesos legales.
- Aunque estas pruebas neurotecnológicas ofrecen posibilidades en la evaluación objetiva del dolor físico en el ámbito legal, también presentan consideraciones y limitaciones. Se requiere una validación científica adicional (mayor cantidad de investigaciones empíricas con un alto nivel de evidencia), la estandarización de los procedimientos y protocolos de análisis, y la interpretación adecuada de los resultados por parte de expertos en la materia.

- Los peritos expertos en la evaluación objetiva del dolor físico mediante pruebas de imagen, como la RMNf, TEP y EEG, deben de tener conocimientos especializados, experiencia clínica y científica, formación interdisciplinaria, habilidades analíticas, objetividad, imparcialidad y habilidades de comunicación efectiva. Todas estas características contribuirán a una valoración más racional y objetiva del dolor físico en los procesos judiciales.

Referencias Bibliográficas

- Baliki, M.N (2015). Nociception, pain, negative moods, and behavior selection. *Neuron*, 87(3), 474-491. <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC4529956/>
- Cárdenas, R. (2015). La neuromatrix y su importancia en la neurobiología del dolor. *Invest. Clin Vol* 56, no.2. <http://ve.scielo.org/scielo.php?script=sci-arttext&pid=S0535-51332015000200001>
- Casación N° 1594-2014 – LAMBAYEQUE de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú: Sala Civil Transitoria sobre Indemnización por daño moral y daño a la persona. <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/6b671c00490b3a7198069c0ace91a86e/CAS.+1594-2014-Civil.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=6b671c00490b3a7198069c0ace91a86e>
- Corder, G. (2019). Nociceptor plasticity: a closer look. *British Journal of anaesthesia*, 123(2), e249-252. <https://doi.org/10.1002/jcp.25993>
- Davis, K.D.; Flor, H. (2019). IASP Pain Research Forum: Pain. International Association for the Study of Pain. <https://doi.org/10.36506/6.2019>
- Deus, J. (2009). ¿Se puede ver el dolor? *Reumatol Clin*. 2009;5(5):228-232. <https://www.reumatologiaclinica.org/es-se-puede-ver-el-dolor-articulo-S1699258X0900059X>
- Diccionario Médico: Clínica Universidad de Navarra.
<https://www.cun.es/diccionario-medico>
- Engel GL. "Psychogenic" pain and the Pain-prone Patient. *Am J Med*, June 1959; 899-918. [https://www.amjmed.com/article/0002-9343\(59\)90212-8/pdf](https://www.amjmed.com/article/0002-9343(59)90212-8/pdf)
- Ferrer, J. (2021). Prueba sin convicción. Marcial Pons.
- Lapotka, M (2017). Resonancia Magnética Funcional en la evaluación del dolor pélvico crónico de la mujer. Tesis Doctoral de Medicina Clínica y Salud Pública en la Universidad de Granada. <https://digibug.ugr.es/handle/10481/48122>
- Luna, F (2019). Técnicas neurocientíficas como medio de prueba pericial. *Revista Prolegómenos*, vol. 22(44). <http://www.scielo.org.co/pdf/prole/v22n44/0121-182X-prole-22-44-143.pdf>
- Melzack R. (1989) Phantom limbs, the self and the brain. (The D.O. Hebb Memorial Lecture). *Can Psychol* 1989; 30:1-16. https://www.psych.mcgill.ca/perpg/fac/melzack/phantom_limbs.pdf
- Méndez, J. (2019). Dolor psíquico: una mirada a su condición actual. *Rev Chil Neuro-Psiquiat*, Vol 57 (2). <https://www.scielo.cl/pdf/rchnp/v57n2/0717-9227-rchnp-57-02-0176.pdf>
- Peyrón, R. (2000). Functional imaging of brain responses to pain. A review and metaanalysis. *Revista Neurophysiol Clin*: 30(05). <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/11126640/>
- Picó, J. (2013). La prueba del dolor. En, M. Taruffo y J. Nieva (Dirs.), *Neurociencia y proceso judicial* (83-96). Madrid: Ediciones jurídicas y sociales

- Raja, S. et al (2020). The revised International Association for the Study of Pain definition of pain: concepts, challenges, and compromisos. Revista PAIN, Vol 171. https://journals.lww.com/pain/Fulltext/2020/09000/The_revised_International_Association_for_the.6.aspx
- Reddan, M. (2018). Modeling Pain Using fMRI: From Regions to Biomarkers. Revista Neurosci. Bull. February, 2018, 34(1):208–215. <https://link.springer.com/article/10.1007/s12264-017-0150-1>
- Rosales, M. (2018). Evolución y genómica del cerebro humano. Revista Neurología, Vol 33(4). <https://www.elsevier.es/es-revista-neurologia-295-articulo-evolucion-genomica-del-cerebro-humano-S0213485315001474>
- Tracey, I (2009). How neuroimaging studies have challenged us to rethink: is chronic pain a disease? Revista J. Pain: 10(11). <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/19878862/>
- Tu, Y., Zhang, Z., Tan, A., Peng, W., Hung, Y. S., Moayed, M., Iannetti, G. D., & Hu, L (2016). Alpha and gamma oscillation amplitudes synergistically predict the perception of forthcoming nociceptive stimuli. Human Brain Mapping, 37(12), 501-514 <https://doi.org/10.1002/hbm.23048>
- Vicente, T. (2018). Valoración del dolor. Revisión comparativa de escalas y cuestionarios. Rev Soc Esp Dolor; 25(4): 228-236. <https://dx.doi.org/10.20986/resed.2018.3632/2017>
- Vázquez, C (2019). La prueba pericial en el razonamiento probatorio. Zela Grupo Editorial E.I.R.L.

Notas al final

¹ Doctorando en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad Nacional Mayor San Marcos. Médico Cirujano.

² El Presente artículo forma parte de la investigación que se sigue en la tesis doctoral de Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos con el título: "Análisis dogmático de la cientificidad de las pruebas neurotecnológicas en el Derecho Procesal"

³ BRAIN: "Investigación del Cerebro a través del Avance de Neurotecnologías Innovadoras", es un billonario **proyecto** norteamericano de investigación para hacer un mapeo **cerebral** y conocer cómo interactúan las células cerebrales.

INVESTIGACIONES NACIONALES

Develando las deficiencias en el contraproducente decreto legislativo que regula la interdicción de la minería ilegal en toda la República y establece medidas complementarias (Decreto Legislativo N.º 1100)

Revealing the deficiencies in the counterproductive legislative decree that regulates the interdiction of illegal mining throughout the Republic and establishes complementary measures (Legislative Decree No. 1100)

*José Torres Rivero*¹

Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, Perú

<https://orcid.org/0009-0009-9997-3390>

jose.torres44@unmsm.edu.pe

Presentado: 15/11/2023 - Aceptado: 23/12/2023 - Publicación: 30/12/2023

Resumen

En el presente artículo se cuestiona el Decreto Legislativo N.º 1100, que es una herramienta legal que constituye un cándido e inocente intento por luchar contra la minería ilegal en nuestro país, un mal que viene azotando al Perú desde varias décadas, tanto desde el punto de vista ambiental, sanitario, como económico, que pone en franco riesgo al futuro de nuestro país. Sin embargo, se considera que severidad no es lo mismo que eficacia, y lastimosamente, esta norma, además de no tener eficacia en cuanto a su propósito, resulta inconstitucional, lesiva y contraproducente, pues es fuente potencial de castigos injustos a empresarios honestos, beneficiando a los deshonestos, quienes encuentran mayor justificación para minimizar su responsabilidad "mimetizándose" con los honestos, lo cual desincentiva totalmente la actividad empresarial lícita, tan urgente en nuestro país.

Palabras clave: minería ilegal, decomiso, Constitución, derechos constitucionales, injusticia.

Abstract

This article questions Legislative Decree No. 1100, which is a legal tool that constitutes a candid and innocent attempt to fight against illegal mining in our country, an evil that has been plaguing Peru for several decades, from an environmental, health, and economic point of view, which puts the future of our country at clear risk. However, it is considered that severity is not the same as effectiveness, and unfortunately, this norm, in addition to not being effective in terms of its purpose, is unconstitutional, harmful and counterproductive, since it is a potential source of unfair punishments for honest businessmen, benefiting to the dishonest, who find greater justification for minimizing their responsibility by “blundering” with the honest, which totally discourages legal business activity, so urgent in our country.

Keywords: illegal mining, confiscation, Constitution, constitutional rights, injustice.

“El camino del infierno está empedrado de buenas intenciones”, dice Alighieri, el cual resulta pertinente al desarrollo del presente documento, en el que se muestra un pequeño análisis respecto de la problemática generada con ocasión de la promulgación del Decreto Legislativo N.º 1100 del 18 de febrero de 2012, esto es, hace más de diez años.

El mencionado decreto legislativo mantiene vigencia, no obstante, sus carencias y cuestionamientos sólidos, por lo que en este trabajo advertiremos la peligrosidad del referido decreto en atención a que, con su sola promulgación, se ha dado rienda suelta a una suerte de “cacería de brujas” como se expondrá a continuación.

Antecedentes

El decreto en cuestión se dio en una coyuntura reciente, la cual tiene como un rasgo característico – desde el punto de vista jurídico - el fenómeno denominado “administrativización del Derecho penal”, fenómeno que, en resumidas cuentas, se manifiesta por cuanto hoy en día el Derecho penal se muestra como una disciplina creciente, con más y más delitos tipificados, lo que equivale a decir que cada vez son más las conductas no deseadas que resultan pasibles de sanción penal por el Estado.

En efecto, tenemos una serie de conductas que, si bien siempre – o usualmente – han sido catalogadas como no deseadas por nuestro ordenamiento jurídico, antes solamente eran sancionadas administrativamente, con las correspondientes consecuencias: multas, comisos, revocación de licencias, entre otras, mientras que hoy en día han “ascendido” al rango de conductas sancionables desde el punto de vista penal. En castellano simple, conductas cuya comisión podría acarrear las consecuencias propias de un delito: un ejemplo típico lo tenemos en la conducta consistente en manejar en estado

de ebriedad. Anteriormente, el Derecho penal se mostraba distante frente a tales conductas – a menos, claro, que haya consecuencias concretas y lesivas de determinado bien jurídico, como por ejemplo el causar lesiones como consecuencia de la conducción en estado etílico; empero, actualmente no se requiere de la lesión directa y concreta para que este tipo de conductas, anteriormente sancionables administrativamente, lo sean penalmente.

Una de esas conductas es, precisamente, la minería ilegal, catalogada como “un grave problema para el Perú (Ugaz & Ugaz, 2017, p. 148), la cual constituye un tipo relativamente novedoso, que en nuestro país ha asumido cierto protagonismo toda vez que la propia minería, tal cual lo señala San Martín, “se posiciona como una de las principales actividades para el crecimiento económico del Perú” (2022, p. 17), afirmación que guarda plena concordancia con la vertida por Prado en cuanto señala que “el Perú está históricamente conectado con el quehacer minero” (2017, p. 185). Vale precisar que fue introducido como tal en nuestro Código Penal mediante la promulgación del Decreto Legislativo N.º 1102, el cual fue publicado el 29 de febrero de 2012, no estando demás mencionar que fue modificado mediante Decreto Legislativo N.º 1351 publicado el 07 de enero de 2017, decreto que le dio su texto actual. No está demás remarcar que la tipificación de este delito no está exenta de cuestionamientos, al extremo de haber sido calificada, inclusive, de “imprecisa” (Baldeón, 2016, p. 750).

El carácter novedoso de este tipo de delitos obedece a diversas razones, dentro de las cuales cabe mencionar dos (sin perjuicio de otras que hayan sido advertidas por profesionales del Derecho y otras que pudieran ser advertidas o descubiertas con el devenir del tiempo): la primera de ellas, consistente en los avances tecnológicos. Cabe precisar que esta circunstancia juega en ambos sentidos: sirve como herramienta a ser utilizada por el potencial infractor al momento de diseñar estrategias y ejecutarlas a fin de poder maximizar sus utilidades en detrimento del ambiente, y, a su vez, una herramienta a ser utilizada por el propio Estado a fin de tener mayor capacidad de detección de este tipo de conductas; y, la una segunda razón se refiere a la reciente preocupación que viene tomando de cara a la depredación del ambiente y sus efectos, el cual, pasó primigeniamente por un rechazo ético y sanitario, como resulta obvio, para pasar por un rechazo, inclusive, de connotaciones económicas, que viene siendo estudiado por disciplinas como el análisis económico del Derecho. No es novedad para nadie que la pendiente en la curva de contaminación se encuentra incrementándose de forma exponencial, debida y precisamente, a diversas circunstancias, tales como la revolución industrial y la superpoblación que deriva, a fin de cuentas, en una enorme demanda de bienes y servicios que en la actualidad se han vuelto indispensables. Desde el “primitivo” detergente, pasando por la explotación del oro para fines de industria o lujo, y terminando, inclusive, en aspectos

nucleares, los cuales a la postre podrán ser aprovechados, tanto a brindar la energía necesaria para el desarrollo de personas, sociedades y naciones enteras, como lastimosamente para fines nefastos de diplomacia disuasiva y coerción con efectos bélicos y la destrucción que ello conlleva.

El Perú no ha sido la excepción en cuanto se ha perfilado como un país que, acorde con la tendencia internacional, ha desarrollado más y más herramientas a fin de procurar combatir, en lo posible, determinadas actividades predatorias de nuestro ambiente, actividades dentro de las cuales calza, efectivamente, la minería ilegal. Una clase de tales herramientas de combate resulta, precisamente, las herramientas legales.

Retomando el tema de la administrativización del Derecho penal, tenemos, en cuanto a la minería ilegal – se remarca el carácter de ilegal, toda vez que “la minería en sí no es que constituye un tipo penal actualmente integrante del capítulo denominado “delitos de contaminación”, capítulo que a su vez integra el título denominado “delitos ambientales”, que en su contenido a la fecha ha sufrido numerosas modificaciones, que, lastimosamente, más allá de revelar una constante preocupación por salvaguardar a tan importante y preciado bien jurídico, develan frecuentes desaciertos al momento de legislar.

Acerca de la herramienta legal cuestionada.

Una de las herramientas legales diseñada por el Estado peruano a fin de combatir la minería ilegal es, precisamente, el cuestionado decreto. Entonces, ¿por qué cuestionar un decreto que tiene por propósito castigar severamente a los infractores en procura de evitar mayores menoscabos a un bien jurídico indispensable para nuestra subsistencia, no sólo como personas, sino como especie? La respuesta radica en que muchas veces y de forma muy peculiar las herramientas legales tienen los efectos contrarios a los deseados, lo que amerita analizar el referido decreto.

Un ejemplo práctico.

Imaginemos una empresa llamada “INOCENTE S.A.C.” que se dedica esencialmente al alquiler de equipos de maquinaria. En ese sentido, para poder realizar las actividades acordes con su rubro alquila, de forma usual, maquinarias de su propiedad, las cuales pone a disposición de las empresas que deseen utilizarlas para que realicen, a su vez, las actividades propias de sus correspondientes giros. En un desarrollo absolutamente normal de sus funciones como empresa celebran con una empresa llamada “ARRENDATARIA S.A.C.” un contrato de arrendamiento de equipos, mediante el cual se comprometen a alquilar una maquinaria de su propiedad, poniendo a disposición de su contraparte contractual al operador de tal equipo a

cambio de una contraprestación económica. Cabe enfatizar que dicha contraprestación es absolutamente acorde a Ley.

Ahora bien, podría ser que ARRENDATARIA S.A.C. tenga la intención de destinar el bien arrendado a fines ilícitos, más precisamente, a la minería ilegal. En ese orden de ideas, resulta perfectamente posible – remarcamos: perfecta, no remotamente – que el destino ilegal del uso de la maquinaria arrendada sea completamente desconocido, tanto por los representantes de INOCENTE S.A.C., quienes tuvieron a bien suscribir el mencionado contrato, el cual contenía un objeto lícito, como por el operador del caso.

Sin embargo, en aras de combatir indiscriminadamente a la minería ilegal, debemos tener en cuenta que el referido decreto básicamente permite las denominadas “acciones de interdicción” que, entre otras, permite el decomiso de todo bien que se encuentre realizando actividades de minería ilegal, sin un proceso penal previo, ni siquiera la emisión de una medida cautelar: se decomisa “porque sí”, bastando la sola ubicación del referido bien dentro de una zona donde presumiblemente se vendría realizando la actividad minera ilegal.

Está demás precisar que en tal situación se debe formalizar la denuncia del caso dándose inicio a un proceso penal que tenga por finalidad, precisamente, el esclarecimiento de los hechos y la posterior y consecuente declaración de la existencia o no de un delito, la identificación de los responsables y la aplicación de las penas correspondientes, de ser el caso, pues “es el único instrumento a través del cual puede aplicarse el derecho penal” (San Martín, 2020, p. 42), conclusión que no se condice con lo dispuesto en la norma cuestionada.

Una sucinta revisión de la norma cuestionada.

En efecto, la precitada norma prescribe lo siguiente, en su artículo 7º:

“Artículo 7.- Acciones de interdicción

El Ministerio Público, la Policía Nacional del Perú y la Dirección General de Capitanía y Guardacostas - DICAPI, bajo el ámbito de sus competencias, realizarán a partir de recibida la relación detallada a que se refiere el artículo 6 del presente Decreto Legislativo, las acciones de interdicción siguientes:

7.1 Decomiso de los bienes, maquinaria, equipos e insumos prohibidos, así como los utilizados para el desarrollo de actividades mineras ilegales conforme al presente Decreto Legislativo; los mismos que serán puestos a disposición del Gobierno Nacional. (...)

Las acciones de interdicción establecidas en el presente artículo serán activadas por el Ministerio Público y la Policía Nacional del Perú. Adicionalmente, podrán solicitarlo los Procuradores Públicos de los Ministerios de Energía y Minas o del Ambiente, el Procurador Público Regional o el Procurador Público de la respectiva Municipalidad provincial o distrital.

La ejecución de estas acciones de interdicción se realiza con la presencia del representante del Ministerio Público, quien levantará el acta respectiva con indicación de los medios probatorios correspondientes, pudiendo ser medios filmicos o fotográficos; así como la descripción de las circunstancias que determinaron la aplicación de las acciones previstas anteriormente.

Dichas acciones de interdicción se realizan sin perjuicio de las acciones administrativas, civiles o penales a que hubiere lugar y que están destinadas a preservar el cuidado de bienes jurídicos protegidos por el Estado y afectados por el desarrollo de actividades ilegales (el énfasis es nuestro)."

Errores conceptuales.

Sin perjuicio de la indicación al proceso penal que forzosamente deberá iniciarse, en concordancia con nuestro ordenamiento jurídico, la norma materia del presente análisis resulta lesiva, inclusive, a algunos de nuestros derechos fundamentales por irregularidades en cuanto a su redacción y en su propia concepción, según el siguiente detalle:

- a. Tal cual se citó a la norma en cuestión, tenemos que en ella se dispone el decomiso de todos los bienes utilizados para el desarrollo de actividades mineras ilegales. Sin embargo, tenemos que no es factible determinar a ciencia cierta si las actividades mineras del caso serían, efectivamente, ilegales, pues precisamente ello será determinado en el proceso penal del caso. ¿Cómo es que la autoridad va a determinar la condición de ilegal de una actividad minera si es que aún no hay un pronunciamiento de parte de la autoridad que así lo reconozca o disponga, y como consecuencia de ello, sancione a los responsables?
- b. Aún en el supuesto de que las autoridades confirmen, en el ejemplo del caso, que la maquinaria de propiedad de INOCENTE S.A.C. haya sido utilizada por terceros para el ejercicio de minería ilegal y emitan la sentencia condenatoria contra los responsables del caso, debemos enfatizar que cabe perfectamente la posibilidad de que no se emita sentencia condenatoria respecto del representante

de la mencionada empresa ni del operador que fue puesto en disposición en virtud del referido contrato, pues, en el peor de los casos, solamente se les habría incluido en el referido proceso penal por haber celebrado un contrato absolutamente lícito ofreciendo su maquinaria para ser utilizada y poniendo a disposición de su contraparte a su operador para que pudiera hacer uso de dicha maquinaria. En otras palabras, de confirmarse la hipótesis de tratarse de un caso de minería ilegal, no debería ser de extrañeza que la referida empresa, su representante y su trabajador (el operador), al igual que el Estado en las situaciones de minería ilegal, devengan en víctimas, pudiendo tener la oportunidad de demostrar en el proceso penal que habrían sido engañados al haberseles ocultado deliberadamente que el uso que se le habría de dar a su maquinaria sería contrario a las disposiciones normativas.

- c. Por otra parte, en estos casos es frecuente que el número de potenciales inculpadosea alto, lo que eleva el número de actuaciones procesales, dando pie a que los mencionados inculpados puedan ser decenas e, inclusive, cientos, circunstancia que ata de manos y pies a la potencial víctima del decomiso en lo referente a procurar la indemnización frente a los daños y perjuicios generados como consecuencia de la aplicación del cuestionado decreto legislativo: más allá de los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de haberseles inmerso de forma indebida en un proceso judicial – la sola inmersión en un proceso judicial, máxime de naturaleza penal, constituye un franco daño considerando la preocupación, la zozobra, la angustia, el tiempo invertido en tener que ordenar la documentación del caso, los honorarios profesionales de los abogados, de ser el caso, etc. – nacen los daños y perjuicios generados como consecuencia de la desposesión arbitraria de un bien de su propiedad, cuyo uso bien podría ser el sustento mismo de la propia empresa. Por supuesto que luego la empresa tendría el derecho legítimo de reclamar contra los verdaderos responsables, esto es, los sentenciados en el proceso penal del caso. Sin embargo, dada la situación mencionada anteriormente – número usualmente alto de coprocesados -, sumada a la de la complejidad de este tipo de situaciones, la vasta actividad investigatoria y probatoria, probables dificultades en términos geográficos, gran número de autoridades competentes para emitir diversos tipos de autorizaciones o permisos (MINAM, MINEM, OEFA, Ministerio de Cultura, SERFOR, entre otros), el enorme dinamismo y carácter efímero propio de las normas destinadas a regular este tipo de instituciones, tanto desde un enfoque penal como administrativo, entre otras, incrementan enorme y lógicamente el lapso que

transcurre desde la realización de estas actividades de interdicción hasta una dilucidación indubitable que permita esclarecer quién o quiénes serían los verdaderos e incuestionables responsables, ya sea civil, penal y/o administrativamente. Esto hace que mientras dure el proceso penal, en nuestro caso, INOCENTE S.A.C. ni siquiera podría dar inicio a las acciones destinadas a procurar una suerte de indemnización contra los responsables, precisamente, porque no está en condiciones de saber quiénes son dichos responsables. Solamente les resta la potestad de reservarse el derecho a ejercer las acciones legales contra quienes sean determinados como auténticos responsables – sin mencionar que el propio Estado podría verse en la obligación de responder por los “platos rotos” en caso de que, luego del proceso penal, se determine que en el caso en concreto no hubo actividades de minería ilegal. Vemos, pues, que este decreto no solamente pone en riesgo a los potenciales dueños de los bienes potenciamente factibles de decomiso, sino al propio Estado en caso de determinarse la ausencia de delito.

- d. La situación comentada no ha sido prevista en lo absoluto en el Decreto Legislativo N.º 1100, el cual vulnera directamente los derechos, no sólo de las personas o empresas directamente involucradas, sino de la sociedad en general. De hecho, la emisión de la referida norma se ha dado de forma desordenada, incompleta y contraviene flagrantemente a la Constitución, toda vez que el decomiso es una figura restrictiva del *derecho de propiedad* que debe reunir ciertos requisitos y seguir un determinado proceso para que pueda ser considerada acorde a la Constitución y al ordenamiento jurídico. En efecto, ya existe una norma que contempla la figura de la pérdida de dominio. Esta norma es el Decreto Legislativo N.º 1104 – Decreto Legislativo que Modifica la Legislación sobre Pérdida de Dominio –, el cual prescribe lo siguiente:

“Artículo 1º.- Objeto

El presente Decreto Legislativo tiene por objeto regular la aplicación y los procesos de pérdida de dominio (...).

Artículo 2º.- Concepto y ámbito de aplicación

*2.1. La pérdida de dominio es una consecuencia jurídico-patrimonial a través de la cual se declara la titularidad de los objetos, instrumentos, efectos y ganancias del delito a favor del Estado **por sentencia de la autoridad jurisdiccional, mediante un debido proceso.***

2.2. *Se aplica cuando se trate de objetos, instrumentos, efectos o ganancias de los siguientes delitos: (...) **minería ilegal** y otros (...) (el énfasis es nuestro)*”.

De ello tenemos que la referida norma exige la emisión de una sentencia emitida por juez y la preexistencia de un debido proceso para que se dé alguna restricción respecto del derecho a la propiedad de alguno de los bienes que hayan sido utilizados para realizar actividades que constituyan minería ilegal. Sin embargo y a pesar de lo indicado, es menester transcribir el artículo 4º del propio dispositivo legal:

“Artículo 4º.- Supuestos de procedencia de la pérdida de dominio

La pérdida de dominio procede cuando se presuma que los objetos, instrumentos, efectos o ganancias provienen de la comisión de los hechos delictivos referidos en el artículo 2º del presente Decreto Legislativo y cuando concurren alguno o algunos de los siguientes supuestos:

a) Cuando por cualquier causa, no es posible iniciar o continuar el proceso penal.

b) Cuando el proceso penal ha concluido por cualquier causa, sin haberse desvirtuado el origen delictivo de los objetos, instrumentos, efectos o ganancias del delito o su utilización en la comisión del delito.

c) Cuando los objetos, instrumentos, efectos o ganancias se descubriesen con posterioridad a la etapa intermedia del proceso o luego de concluida la etapa de instrucción.

d) Cuando habiendo concluido el proceso penal, los objetos, instrumentos, efectos o ganancias se descubren con posterioridad.

En los demás casos no previstos en los incisos anteriores, se aplicarán las competencias, mecanismos y procedimientos contemplados en las normas sobre incautación o decomiso de bienes.

De la lectura de la norma transcrita tenemos que solamente se puede restringir el derecho a la propiedad si es que se da alguno de los cuatro supuestos descritos con anterioridad. En nuestro caso hipotético, no se ha dado ninguno. Por otra parte, además de vulnerar indebidamente derechos constitucionales – como lo desarrollaremos posteriormente –, contraviene a los artículos 102º y 103º del Código Penal, en cuanto prescriben lo siguiente:

“Artículo 102.- Decomiso de bienes provenientes del delito

El juez, siempre que no proceda el proceso autónomo de extinción de dominio, resuelve el decomiso de los instrumentos con que se hubiere ejecutado el delito (...). El decomiso determina el traslado de dichos bienes a la esfera de titularidad del Estado (...).

Artículo 103.- Proporcionalidad

*Quando los efectos o instrumentos referidos en el artículo 102, **no sean de ilícito comercio y su valor no guarde proporción con la naturaleza y gravedad de la infracción penal** podrá el Juez **no decretar el decomiso** o, cuando sea posible, decretarlo sólo parcialmente (el énfasis es nuestro)”.*

Vemos, entonces, que la norma correspondiente y la única a aplicarse en lo referido al decomiso como medida restrictiva del derecho de propiedad respecto de bienes que hayan podido ser utilizados para efectos de minería ilegal es el Código Penal, y este cuerpo normativo:

- Exige que el decomiso de los referidos bienes sea resuelto por el juez, situación que no se condice con el decreto cuestionado por cuanto tal autoridad no figura en dicho instrumento legal.
- Exige una valoración para determinar si los bienes materia de eventual decomiso son o no de ilícito comercio y que su valor no guarda proporción con la naturaleza y gravedad de la infracción penal. Esta condición tampoco es respetada en el decreto cuestionado.

Por las razones expuestas tenemos un decreto legislativo de redacción improvisada, incompleto en cuanto a su implementación, sus efectos y sus alcances, que en un afán cándido por combatir la minería ilegal, es potencial fuente de daños contra personas inocentes, resultando inconstitucional por menoscabar de forma arbitraria y desproporcionada diversos derechos fundamentales, además de contravenir otras normas en nuestro ordenamiento jurídico.

Vulneración directa de derechos constitucionales.

Por otra parte, es menester mencionar la vulneración de los siguientes derechos, en atención a lo dispuesto en el artículo 44º del Código Procesal Constitucional:

1. DERECHO DE PROPIEDAD.

Evidentemente al abrir la posibilidad de decomiso de maquinaria únicamente en aplicación de la norma inconstitucional advertida y solamente

por un eventual caso de minería ilegal que podría estarse ventilando sin pronunciamiento de parte de la autoridad competente, se vulnera abiertamente el *derecho de propiedad* - en el presente caso, el de INOCENTE S.A.C. - vulneración que advertimos en este extremo según lo dispuesto en el inciso 14) del referido artículo y en concordancia con lo dispuesto en el inciso 16º del artículo 2º de la Constitución Política del Perú.

En nuestro ordenamiento jurídico, la propiedad se encuentra definida en el artículo 923º del Código Civil, que prescribe lo siguiente:

*“La propiedad es el poder jurídico que permite **usar, disfrutar, disponer** y reivindicar un bien. Debe ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley (el énfasis es nuestro).”*

De lo expuesto, tenemos como consecuencia del decomiso arbitrario dispuesto como consecuencia de la aplicación de la norma inconstitucional materia del presente, se estaría privando del uso, disfrute y disposición de la maquinaria del caso, situación que adquiere especial relevancia toda vez que, como lo hemos indicado, la empresa podría ser una empresa de dedicada esencialmente al alquiler de este tipo de maquinarias – objeto lícito -, y no solamente se le está privando de su derecho legítimo de hacer uso del referido bien en calidad de propietarios, sino de explotarlo económicamente, por medio, precisamente, de la celebración de contratos de alquiler que constituyan su principal fuente de ingresos como empresa.

Por otra parte, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su artículo 17º, prescribe lo siguiente:

“1. Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente.

2. Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad (el énfasis es nuestro).”

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 21º, prescribe lo siguiente:

“Artículo 21. Derecho a la Propiedad Privada

1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.

2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley (...) (el énfasis es nuestro).”

Ahora bien, no hay duda en cuanto al derecho a la propiedad tiene sus límites, los cuales están plasmados en las normas descritas anteriormente (el interés social y los límites de la ley), por lo que hay casos en los que puede haber privaciones en cuanto a este derecho. Sin embargo, al respecto es menester indicar que nuestro ordenamiento prevé situaciones en las cuales es posible la privación del derecho de propiedad respecto de bienes potencialmente utilizados para fines ilícitos aún en casos que sean propiedad de terceros, privación que se da mediante las denominadas “medidas de coerción reales”, dentro de las cuales figura, precisamente, el decomiso. Sin embargo, debemos indicar que la norma cuya inconstitucionalidad advertimos por medio del presente contraviene abiertamente a la figura del decomiso indicada líneas arriba, tergiversando totalmente su significación y alcances y menoscabando otros derechos constitucionales, como lo desarrollaremos a continuación.

2. DERECHO DE TUTELA PROCESAL EFECTIVA

El decomiso realizado en virtud de la norma cuya inconstitucionalidad advertimos por medio del presente también vulnera el *derecho de tutela procesal efectiva*, contemplado en el inciso 18) del artículo 44º del Código Procesal Constitucional, en los términos siguientes:

- a. Sin perjuicio del desarrollo doctrinario al respecto, el cual resulta vasto, una aproximación al *derecho de tutela procesal efectiva* la encontramos en la definición contenida en el artículo 9º del Código Procesal Constitucional, el cual prescribe lo siguiente:

*“Se entiende por tutela procesal efectiva aquella situación jurídica de una persona en la que se respetan, de modo enunciativo, sus derechos de libre acceso al órgano jurisdiccional, a probar, **de defensa, al contradictorio** e igualdad sustancial en el proceso (...) (el énfasis es nuestro).”*

Dicho ello, tenemos que el *derecho de defensa* y de *contradicción* son elementos esenciales del Derecho de tutela procesal efectiva, de modo que, si no se respetan aquellos derechos, se da una evidente vulneración a este último.

- b. En ese sentido, las restricciones al derecho constitucional a la propiedad deben darse en el marco de un proceso que garantice al perjudicado su *derecho a defensa* y a *contradicción*, de modo que tales restricciones no se den de forma arbitraria y vulnerando los demás derechos de las personas. Es por ello que nuestro ordenamiento prevé una serie de mecanismos destinados a combatir la minería ilegal que pueden ser restrictivos del derecho de propiedad, pero

siempre garantizando el derecho a la tutela procesal efectiva, esto es, respetando, entre otros, los derechos de defensa y contradicción del potencial afectado. Tales mecanismos se encuentran materializados en el Código Penal y en el Decreto Legislativo N.º 1104, debiendo enfatizar que en ambos instrumentos hasta cierto punto hay respeto a los *derechos de defensa y contradicción* que integran *la tutela procesal efectiva*, muy contrariamente al Decreto Legislativo N.º 1100, según lo comentamos a continuación:

- La restricción a la propiedad contenida en la *medida de coerción real* del *decomiso* del artículo 102º del Código Penal se debe dar siempre de forma posterior a un análisis por parte de la autoridad competente – el juez –, dentro de un proceso y mediante una resolución que permite, a la parte afectada, ejercer su derecho de defensa y contradicción por medio de los recursos impugnativos u otros, ya sea apelación, nulidad, oposición, etc. El Decreto Legislativo N.º 1100 no brinda a la parte afectada la oportunidad de cuestionar la privación del ejercicio de su derecho de propiedad, toda vez que simplemente, frente a situaciones objetivas de hecho, dispone la restricción de derechos fundamentales de las personas sin que éstas tengan la opción de cuestionar las mencionadas restricciones, pues estas no se dan en un proceso judicial o un procedimiento administrativo. Tan solo dispone el traslado del dominio de la propiedad a la esfera del Estado fuera de un proceso, lo que lesiona flagrantemente el derecho invocado en este extremo.
- La otra vía legítima de restricción del derecho de propiedad, esto es, la *pérdida de dominio* contemplada en el Decreto Legislativo N.º 1104. Esta restricción al derecho de propiedad también se da dentro de un proceso, el cual tiene sus propias condiciones y modo de tramitación, de modo que el afectado también tiene las herramientas para poder hacer su ejercicio de defensa en caso considere que no debe privársele de su derecho de propiedad (recurso de apelación, nulidad, etc.).
- No está demás mencionar a las *medidas cautelares* como potenciales medios legítimos de restricción del *derecho de propiedad* en determinados casos, inclusive antes de la condena a los potenciales infractores. Sin embargo, nuevamente debemos indicar que, aún en estos casos, las medidas cautelares requieren de cierto análisis previo por parte de la autoridad competente, análisis que trasciende a la mera constatación de la presencia de vehículos en determinadas zonas, el cual debe pasar por filtros de verosimilitud, peligro en la demora en la

emisión del pronunciamiento final u otros, que concluye en una resolución de parte de la autoridad competente que, insistimos, es factible de cuestionamientos, llámese impugnaciones u otros, además de otras herramientas como la contracautela, la caución juratoria u otros, que permiten al administrado intentar revertir los efectos restrictivos respecto de su derecho de propiedad.

De lo expuesto, tenemos que el decreto legislativo en cuestión dispone medidas restrictivas del *derecho de propiedad* que no se dan en procesos que garanticen a los perjudicados el ejercicio de los *derechos de defensa* y de *contradicción*.

3. DERECHO A CONTRATAR CON FINES LÍCITOS,

Según el inciso 28) del referido artículo y en concordancia con lo dispuesto en el inciso 14º del artículo 2º de la Constitución Política del Perú, con la arbitraria e inconstitucional restricción al *derecho de propiedad* dispuesta por el decreto legislativo cuestionado, también se estaría vulnerando el *derecho a contratar con fines lícitos* en los siguientes términos:

- a. Se abre las puertas a poder sancionar a un inocente con el decomiso de la maquinaria de su propiedad en virtud de un operativo de interdicción contra la minería ilegal dispuesto en virtud del Decreto Legislativo N.º 1100.
- b. Dicho decomiso podría haberse dado solamente por haberse encontrado maquinaria localizada en territorio en el que supuestamente se encontraba prohibida la minería. Debemos indicar que el referido decreto inconstitucional no exige a las autoridades del caso – Policía Nacional del Perú, Ministerio Público, etc. – verificar fehacientemente que efectivamente la actividad del caso haya constituido en minería ilegal, pues ello sería dilucidado en el proceso penal advertido.

Conclusión

En síntesis, estamos frente a un decreto legislativo que, por desgracia, tiene vigencia a la fecha. En ese sentido, se reafirma la necesidad de emitir normas que, más que pasión, estén dotadas de técnica legislativa. Ningún ciudadano de a pie estaría de acuerdo con justificar una actividad tan nefasta y lesiva como lo es la minería ilegal, pues, en palabras de Peña Cabrera, “es un deber de todos la conservación y protección del medio ambiente en todos sus niveles” (2017, p. 33), pero ello no debe ser materia de justificación para la emisión de normas que, si bien pueden ser producto y consecuencia de un buen propósito, resultan, a la postre exponencialmente perjudiciales. Perjudiciales por cuanto ponen en peligro los intereses legítimos de comerciantes

honestos que pretenden realizar actividades económicas absolutamente válidas y lícitas; perjudiciales por cuanto el riesgo advertido líneas arriba es una potencial herramienta para que los empresarios inescrupulosos, los verdaderos culpables y responsables de los daños ambientales, asuman el papel de víctimas que legítimamente le corresponde a los empresarios honestos; perjudiciales por cuanto desincentivan a éstos a realizar actividades económicas sanas con los beneficios que ello conlleva, tal cual lo indica Arias al manifestar que con su actividad, la empresa mercantil “genera riqueza o un valor agregado” (2015, p. 22) y perjudicial por cuanto expone al propio Estado a incrementar de forma innecesaria su carga procesal y a verse potencialmente involucrado en un sinnúmero de demandas de indemnización por daños y perjuicios e, inclusive, en procesos internacionales frente a las vulneraciones advertidas a los derechos constitucionales de las personas.

Referencias bibliográficas

- Arias, R. (2015). *Derecho corporativo empresarial*. Grupo Editorial Patria.
- Baldeón, J. (2016). *Tratado de Derecho minero peruano*. Jurista Editores.
- Peña Cabrera, A. (2017). *Los delitos contra el medio ambiente*. Instituto Pacífico.
- Prado, V. (2017). *Derecho penal. Parte especial: los delitos*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- San Martín, C. (2020). *Derecho procesal penal. Lecciones*. 2ª ed. Fondo Editorial del Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales.
- San Martín, D. (2022). *El derecho minero*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Ugaz, J. & Ugaz, F. (2017). *Delitos económicos, contra la administración pública y criminalidad organizada*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Notas al final

¹ Abogado por la Universidad Nacional de San Agustín (UNSA) – magíster en Derecho de la Empresa por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) – doctorando en Derecho y Ciencia Política por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú – docente de Derecho en la Universidad Privada del Norte (UPN).

INVESTIGACIONES NACIONALES

La colaboración con el delito de terrorismo en el Perú

Collaboration with the crime of terrorism in Peru

*Juan Arturo Maza Lupuche*¹

Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, Perú

<https://orcid.org/0009-0009-1627-6056>

juan.maza@unmsm.edu.pe

Presentado: 25/11/2023 - Aceptado: 23/12/2023 - Publicación: 30/12/2023

Resumen

En este artículo se va a analizar una de las modalidades del delito de terrorismo como es la colaboración con el terrorismo analizando cada uno de los elementos que la conforman como es el bien jurídico protegido, los sujetos activo y pasivo, conductas típicas, así como su grado de desarrollo. Este delito es de suma importancia pues si bien ha habido una respuesta efectiva del Estado para la lucha de este delito, aún en las zonas andinas de nuestro país se realizan conductas de colaboración con una organización terrorista siendo que estas organizaciones se están reestructurando nuevamente para crear zozobra y alarma en la población peruana. De allí su importancia para conocer un poco más sobre el citado delito.

Palabras clave: Delito de terrorismo, colaboración con una organización terrorista.

Abstract

In this article, one of the types of the crime of terrorism, such as collaboration with terrorism, will be analyzed, analyzing each of the elements that make it up, such as the protected legal asset, the active and passive subjects, typical behaviors as well as their degree. developmental. This crime is of utmost importance because although there has been an effective response from the State to combat this crime, even in the Andean areas of our country there is collaborative behavior with a terrorist organization and these organizations are being restructured again to create anxiety and alarm in the Peruvian population. Hence its importance to know a little more about the aforementioned crime.

Keywords: Crime of terrorism, collaboration with a terrorist organization.

I. Introducción

El terrorismo es uno de los delitos de mayor repercusión no solo para nuestro país sino también para el mundo entero por los efectos negativos para la sociedad desde la muerte de personas, el daño a la propiedad, la constante intranquilidad en la sociedad, etc. Por ello, es importante conocer de este delito y sobre todo sobre la modalidad de la colaboración con organizaciones terroristas, lo que nos hace describir el bien jurídico protegido en esta modalidad delictiva, los sujetos activo y pasivo, la conducta típica, el tipo de delito y la tipicidad subjetiva del mismo. En este artículo veremos dichos acápites para tener un mejor alcance del delito antes mencionado.

1. Antecedentes

El fin de toda sociedad es la convivencia en armonía por lo que se busca que esta paz social sea permanente; sin embargo, esta paz se ve constantemente amenazada con la conducta de los individuos que en muchas ocasiones se transforman en la comisión de delitos que trasgreden derechos fundamentales protegidos por nuestra Constitución.

Uno de esos delitos que son de impacto considerable por sus repercusiones internas y externas es el delito de terrorismo² que tuvo su inicio en el Perú con la aparición de la organización terrorista autodenominado Partido Comunista del Perú - Sendero Luminoso, organización que atacó e incendió urnas electorales en el poblado de Chuschi-Cangallo-Ayacucho en las Elecciones Generales realizadas en el año 1980 y que por ello, el Estado peruano declaró en Estado de Emergencia el departamento de Ayacucho poniéndolo bajo el mando militar e iniciándose una constante tensión entre la población; luego se produjo la aparición de la organización terrorista denominado Movimiento Revolucionario Túpac Amaru - o conocido por sus siglas MRTA - que desencadenaría en todo el Perú un periodo de inestabilidad política que daría como respuesta una dura represión por parte de los gobiernos peruanos de turno.

Pero no cabe duda alguna que el grupo terrorista que más sangre derramó fue la organización terrorista de Sendero Luminoso que poco a poco ante el abandono del Estado en muchas zonas alto andinas fueron confundiendo a la población con sus discursos sobre el levantamiento de las armas contra el Estado y así luchar contra la oligarquía peruana siendo que luego, emprendieron una lucha devastadora contra la población civil que no quería acatar sus órdenes siendo que en muchas ocasiones acababan con toda una población y a los jóvenes se los llevaban para entrenarlos y sean los futuros luchadores revolucionarios. Así, el 03 de diciembre de 1982, Sendero Luminoso formó oficialmente el "Ejército Guerrillero Popular", su brazo armado.

Muchas de las personas que estuvieron vinculadas a esta organización terrorista lo hicieron de diferente manera sea como integrante de la misma o como colaboradores; sin embargo, en esta última figura de colaboración muchos lo hicieron por la presión y/o amenaza de los elementos terroristas, otros porque deseaban colaborar con estos sujetos y muchos otros porque no comprendían que su accionar era doloso y tenía consecuencias penales pero aun así eran engañados para brindar ayuda a los elementos senderistas.

Por ello, es importante analizar la figura de la colaboración con una organización terrorista a fin de comprender la diferencia entre integrancia y colaboración y los efectos en términos de punibilidad de esta última figura regulada en el artículo 4° del Decreto Ley 25475.

2. Análisis.

2.1. El delito de Terrorismo.

a. Concepto:

El delito de terrorismo en el Perú tiene como base legal el Decreto Ley N° 25475, "Establecen la penalidad para los delitos de terrorismo y los procedimientos para la investigación, la instrucción y el juicio", cuya vigencia data del 06 de mayo de 1992 y que hasta la fecha aún se encuentra vigente con algunas modificaciones no tan sustantivas.

Pero, la pregunta que nos hacemos es: ¿Qué debemos entender por el delito de terrorismo? Pues bien, es muy complejo señalar un concepto específico de lo que se considera como terrorismo, pues ni la doctrina ni jurisprudencia se han puesto de acuerdo en dar un concepto concreto de ello, debido a la polémica que hay sobre su naturaleza como delito político, o el catalogar como terrorismo a la violencia no estatal para justificar la violencia estatal; o la alusión al terror o intimidación como *modus operandi*, etc. Empero, podemos señalar de manera general que el terrorismo viene a ser la grave manifestación de violencia deliberada y sistemática dirigida a crear caos y temor en la población, que genera muerte y destrucción y constituye una actividad delictiva repudiable³.

Para la CIDH, el terrorismo es el uso de la violencia con el propósito de generar temor en la colectividad para perseguir un fin objetivo político⁴. La Asamblea General de la ONU ha indicado que se entiende al terrorismo como «(...) *los actos criminales con fines políticos concebidos o planeados para provocar un estado de terror en la población en general, en un grupo de personas o en personas determinadas son injustificables en todas las circunstancias, cualesquiera sean las consideraciones políticas, filosóficas, ideológicas, raciales, étnicas, religiosas o de cualquier otra índole que se hagan valer para justificarlos*»⁵.

Asimismo, es necesario señalar que para la comprensión del delito de terrorismo, es necesario diferenciar tres planos: los atentados contra los bienes jurídicos (sean estos individuales o colectivos); el empleo de medios o mecanismos que cause daños o repercusiones; y, la finalidad política.

El delito de terrorismo en general contiene un elemento teleológico que viene a ser la exigencia de una especificidad del elemento intencional dada por su finalidad última, en la subversión del régimen político ideológico establecido constitucionalmente⁶.

b. Características:

Dentro de las características que podemos destacar que contiene el delito de terrorismo, mencionamos los siguientes:

- Es un acto político, puesto que se pretende atentar contra el orden constitucional y contra la seguridad del Estado.
- Se destaca el elemento organizacional, puesto que tienen una estructura organizacional más o menos estable, que destacan el nivel directivo y que es necesario para poder llevar a cabo la planificación de los atentados contra una determinada población.
- Contiene un fin intimidatorio, puesto que se pone en marcha un determinado modus operandi para lograr la finalidad política, es decir, trata de crear un estado de zozobra, temor o alarma en parte o en toda la colectividad.
- Contiene una finalidad coactiva, puesto que obliga o trata de obligar a un Estado a realizar ciertas conductas o dejar de hacer otras.
- Están referidas a conductas que revisten gravedad en las consecuencias no solo para la población sino para el Estado en sí mismo, como por ejemplo cuando una organización terrorista comete asesinatos a gran escala en la población a través de coches bombas o daños a la propiedad que tienen como objetivo brindar un fin social; en general, se vulneran diversos bienes jurídicos de real trascendencia para la población así como al Estado.
- El empleo de instrumentos para lograr su cometido como las armas, materiales y artefactos explosivos que cause graves estragos y perturbación así como la afectación de la seguridad de la población y la afectación de las relaciones internacionales.

c. Modalidades del delito de terrorismo.

Ahora bien, el delito de terrorismo tiene diversas formas para su comisión. Así, en el Decreto Ley bajo análisis se establece de manera específica cuáles

son esas modalidades por las cuales un sujeto puede estar implicado en un delito de terrorismo.

En el Decreto Ley N° 25475 se regulan diversas modalidades del delito de terrorismo como por ejemplo la pertenencia, afiliación o integrancia a una organización terrorista, la colaboración o cooperación con esta, el financiamiento, la instigación, la conspiración, entre otras particularidades. Específicamente, notamos que tanto a la afiliación como a la colaboración con el terrorismo, el legislador ha establecido que estas conductas deben ser reprimidas con igual pena que es la pena privativa de libertad no menor de veinte (20) años lo cual es desproporcional puesto que se trata de figuras o modalidades diferentes siendo sus efectos diferentes por lo que la sanción penal debe ser diferenciada.

La afiliación o integrancia a una organización terrorista es más gravosa puesto que el sujeto activo con pleno conocimiento y voluntad forma parte de una organización terrorista aceptando la ideología que se pregona en su interior así como aceptando las tareas que se le encomienda dada su pertenencia. Dentro de esta modalidad el agente puede cumplir diferentes roles o funciones desde diversos cargos como son el combatiente, el mando político, mando militar, mando logístico, etc.

En cambio, en la colaboración, el sujeto activo no participa directamente de las acciones propias de la organización terrorista, esto es, acciones típicas de una organización a fin de amedrentar al Estado o a la sociedad, sino que ayuda a los fines de la organización terrorista. Por ello, es necesario realizar un análisis del contenido de la modalidad de colaboración con una organización terrorista.

2.2. La modalidad de colaboración con el Terrorismo.

2.2.1. El bien jurídico protegido.

Según Muñoz y García (2019), los bienes jurídicos son “el presupuesto que necesita un individuo para realizarse y desarrollar su personalidad en la vida social” (p. 59). Para Chirino (2004), el bien jurídico es un fenómeno comunicativo, en virtud de que su nacimiento no se produce solamente por una mera voluntad legislativa, sino porque surge de la necesidad percibida en el mundo de la vida, y de su carácter de esencial para garantizar aspectos básicos del individuo en el contexto del Estado de Derecho (p. 57).

En el Expediente 560-03-SPN⁷, siguiendo a Roxin, señala que los bienes jurídicos son circunstancias reales dadas o finalidades necesarias para una vida segura y libre, que garantice todos los derechos humanos y civiles de cada uno en la sociedad o para el funcionamiento de un sistema estatal que se basa en estos objetivos. Los bienes jurídicos son intereses de la comunidad

cuya protección garantiza el Derecho Penal. El tipo parte, pues, de la norma y ésta lo hace del bien jurídico.

En el caso del delito de terrorismo el bien jurídico protegido es la tranquilidad pública o la seguridad pública. Por tanto, en los delitos de terrorismo, especialmente en la modalidad de cooperación o colaboración con el terrorismo, el interés legítimo protegido es la seguridad pública, entendida como el derecho de todas las personas de la sociedad a no ser víctimas de actos que perturben la paz. La seguridad pública viene a ser la garantía de que los derechos, principios y libertades que se encuentran plasmadas en nuestra Carta Magna puedan ser ejercidos libremente por las personas y no sean meras declaraciones formales sin eficacia jurídica.

2.2.2. El sujeto activo.

Siguiendo a Mestre (1987), el sujeto activo de esta modalidad delictiva es un tercero, un extraño, un sujeto ajeno a una organización o grupo terrorista, que realiza estos actos de manera inusual, porque la ejecución reiterada de estos actos le genera un sentido de pertenencia (p. 202).

Para ello, debe apreciarse ya la existencia y funcionalidad de un determinado grupo u organización terrorista y que el sujeto sepa que su aporte va a ser brindado para coadyuvar de una u otra forma a las actividades de dicha organización.

Un delito de cooperación con el terrorismo es un tipo que requiere que los sujetos de la actividad no sean miembros de la organización terrorista y que sus acciones no estén causalmente relacionadas con la producción de un determinado resultado delictivo, ya que solo deben ser acciones relevantes para el beneficio válido de la voluntad consciente, como factor subjetivo, brindar ayuda a grupos terroristas, pero no relacionado con actos terroristas específicos. Es muy diferente a una persona que está afiliada a una organización terrorista o forma parte de ella, que sigue sus lineamientos, ideología y misión para servir y ayudar a las metas y objetivos de la organización, es decir, la afiliación es “la existencia de una conexión estable, lo que determina que asume jerarquía y disciplina” (Lamarca, 1985, p. 253).

Tal como lo resalta Santos, deben ser “extraños” al supuesto asociativo y actúan para favorecer las actividades del grupo, teniendo su conducta un carácter ocasional y accesorio que es lo que permitirá, precisamente esta nota temporal, su distinción con el delito de pertenencia a la organización terrorista (p. 12).

Por tanto, las actividades propias de la cooperación delictiva con el terrorismo sólo pueden ser realizadas por personas ajenas a la organización,

ya que actos de esta naturaleza cometidos por miembros de la organización implican el desarrollo de la conducta contenida en el concepto de pertenencia a la organización criminal.

2.2.3. El sujeto pasivo.

En cuanto al sujeto pasivo, viene a ser quien recibe la consecuencia de la conducta lesiva del sujeto activo, es decir, que va a recibir la carga de la conducta desarrollada por el actor.

No debemos olvidar que el delito de terrorismo es considerado como un delito pluriofensivo puesto que se atenta contra diversos bienes jurídicos como la vida, la libertad personal, la integridad física, etc; siendo que quien recibe toda esa carga delictual viene a ser la sociedad en su conjunto apostado en un determinado territorio.

En ese sentido, el sujeto pasivo del delito de colaboración con el terrorismo es el Estado que engloba a la sociedad en su conjunto pero por cuestiones de política criminal, dichas violaciones que afectan a la sociedad son representadas por el Estado peruano.

2.2.4. Conducta típica.

En el delito de colaboración con el terrorista, el acto típico es un acto cooperativo general y material, no un acto ideológico o moral, sin estar dirigido a realizar un plan específico que lo haga punible como por ejemplo sucedería en una acción subversivo de poner un coche bomba o realizar asesinatos.

Si bien hay críticas al respecto de por qué se tiene que sancionar actos que no son considerados como propios de la organización terrorista o que no repercuten en una acción criminal, sin embargo, en esta modalidad la protección penal se adelanta por razones de política criminal, porque lo que se busca es que no existan conductas que puedan aportar un elemento esencial que más adelante sirva para cometer el hecho mismo de un acto terrorismo.

Entonces, el delito de colaboración en sus diferentes expresiones normativas, reprime al que se asocia de alguna manera a la ejecución material de cualquier acto de colaboración que beneficie la comisión del delito de terrorismo o la realización de los fines de la organización terrorista.

El artículo 4° del Decreto Ley N° 25475 regula la modalidad de colaboración con el terrorismo. En el primer párrafo establece que el que de manera voluntaria realiza acciones que favorezca la comisión de delitos del citado instrumento legal, es reprimido con pena privativa de la libertad. En el segundo párrafo, se proporciona una descripción ilustrativa de las

actividades para ampliar la tipificación de delitos. La razón de ello es que ante la irracionalidad de las actividades terroristas o cualquier expresión de violencia, existe la necesidad de defender derechos legítimos tan importantes como la vida, la seguridad física y la paz social (como valores constitucionales).

En ese sentido, las acciones que se encuentran contempladas como actos de colaboración son:

- Suministrar documentos e información que coadyuve o facilite las actividades de elementos o grupos terroristas.
- Se ceda o utilice algún inmueble o alojamiento para ocultar personas o de servir como depósito de armas, explosivos, propaganda, víveres, medicamentos u otra pertenencia de dichas organizaciones terroristas.
- Trasladar a personas vinculadas a organizaciones terroristas así como apoyo de cualquier índole que favorezca la fuga de aquellos.
- Organizar, preparar o conducir actividades de formación, instrucción, entrenamiento o adoctrinamiento de personas agrupadas en organizaciones terroristas.
- Fabricación, tenencia, adquisición, almacenamiento, suministro, tráfico o transporte de armas, municiones y objetos explosivos destinados a la comisión de actos terroristas. Siendo además una agravante que dichos objetos sustraídos pertenezcan a las Fuerzas Armadas y Policía Nacional del Perú.
- Falsificación, adulteración y obtención ilícita de documentos que favorezca el tránsito, ingreso o salida del país de personas pertenecientes a organizaciones terroristas.

Si bien las actividades anteriores descritas son sólo una etapa preparatoria o una simple ayuda, la prevalencia de los bienes personales y sociales crea barreras para mejorar la protección penal.

Hay que resaltar que los actos de colaboración con el terrorismo deben estar relacionados con las actividades y fines terroristas y, deben favorecer materialmente a las actividades propiamente del terrorismo. En esa línea fundamenta la Corte Suprema la conducta de colaboración⁸.

Entonces la conducta punible es el apoyo a una organización terrorista con el fin de "maximizar sus actividades ilícitas" con conocimiento de los fines que apoya y persigue mediante el desarrollo de conductas asociadas a dicha organización.

2.2.5. Tipo de delito:

La colaboración con el terrorismo es un delito de tipo abierto, es decir que no se agotan con las conductas enumeradas en el segundo párrafo del artículo 4° del Decreto Ley N° 25475, sino que puede ser otra conducta que sea beneficiosa para las ulteriores actividades terroristas.

Asimismo, es un delito de mera actividad y de peligro abstracto ya que no es necesario que los actos realizados se encuentren en conexión con la producción de un resultado propio de la organización terrorista aunque debe ser una acción idónea en sí misma para producir un peligro al bien jurídico⁹.

Colaborar con una organización terrorista es un acto delictivo peligroso contra bienes legalmente protegidos que pueden no dañarse, pero que son riesgosos debido al potencial de daño a bienes legales específicos. Este tipo no requiere la realización del peligro efectivo, sino las actividades que pueden crear peligro a los bienes jurídicos como elementos materiales que constituyen el tipo de delito.

Asimismo, el delito de colaboración importa la comisión de actos preparatorios como ya se ha indicado líneas arriba puesto que lo que se busca es prevenir la realización de conductas gravemente perjudiciales para la sociedad.

De otro lado, la colaboración con el terrorismo es considerado como un delito residual o subsidiario.

2.2.6. Sobre la tipicidad subjetiva.

Se cree que no basta con la mera realización de los actos previstos en la ley penal, sino que la identificación del sujeto alude al favoritismo hacia las organizaciones terroristas. Así, Campo (1997) señala que “el conocimiento del sujeto, en cualquiera de sus formas previstas en la norma, debe comprender no sólo el acto en sí mismo, sino también la ejecución de la actividad o la consecución del fin organizacional terrorista” (p. 63). En esta línea, junto al conocimiento de los elementos objetivos del tipo de cooperación, se requiere la presencia del elemento subjetivo derivado del conocimiento general y abstracto, que a través de sus actuaciones, deben satisfacer sus actividades o fines de cooperación con organizaciones terroristas. Además, el principio de culpabilidad en el sistema penal exige que el imputado sepa que la persona a la que ayuda o coopera es miembro de una organización terrorista, y para ello se requiere que sepa que su apoyo es conducente a los fines y actividades de la organización terrorista.

En rigor, el delito de colaboración con el terrorismo de acuerdo a Mestre (1987), requiere que “el sujeto tenga el conocimiento y voluntad de cometer

un acto de cooperación en las actividades de una organización terrorista. Por ese conocimiento y voluntad, dichos actos son sancionados por ser bienes jurídicos protegidos por el tipo de delito atentado” (p. 206). De este modo, la estructura morfológica del delito de colaboración con el terrorismo exige no sólo la realización de los actos objetivamente descritos en el tipo delictivo, sino también la realización de la toma de conciencia del sujeto activo sobre los actos que le sustentan. Contribuir al objeto o las actividades de una organización terrorista o de sus miembros, y el fin que persigue dicho beneficio.

Por ello podemos señalar que se requiere el dolo por parte del sujeto para la comisión del delito en cuestión.

2.2.7. Sobre el grado de desarrollo del delito.

El delito de colaboración con el terrorismo se consuma mediante la ejecución de un acto de cooperación objetivamente adecuado para “dar alguna relevancia a las actividades de la organización terrorista sin necesidad de un beneficio válido para la organización” (Muñoz, 2017, p. 909). Por lo tanto, una contribución objetivamente relevante y potencialmente efectiva es suficiente, pero aún no está en el rango del éxito esperado.

En cuanto al momento de consumación, el delito de colaboración con el terrorismo al ser un delito de mera actividad y no es de resultado, se realiza a través de un acto típico, un acto de cooperación cometido por el autor, que incluye la prestación de apoyo, al terrorista organizaciones.

En rigor, no se exige causar ningún daño o daño específico a los intereses legítimos protegidos, ni se requiere que la organización terrorista se beneficie de una operación cooperativa, puesto que el delito se consumó con dicha acción, con independencia que la agrupación terrorista obtenga algún beneficio siendo que las formas imperfectas de ejecución, llámese tentativa acabada e inacabada, no son posibles formalmente. Mestre (1987) señala que en esencia, “es inapropiado en el buen dogma castigar los intentos de preparar una conducta, que permitiría castigar en circunstancias excepcionales” (p. 212). Entonces, el uso efectivo de la contribución debe ser el criterio para determinar la sanción penal y el monto de la multa.

Ahora bien, un aspecto muy importante a resaltar que tanto para la modalidad de colaboración como para la afiliación, el legislador ha previsto la misma pena mínima que son 20 años de pena privativa de la libertad, lo cual no se ajusta a la real dimensión del daño que causa una modalidad de otra. En este caso, el juzgador deberá tomar criterios objetivos para poder determinar una sanción acorde con la gravedad del daño causado y por ello debería tomar

en cuenta el principio de proporcionalidad utilizando el test de ponderación para que la pena sea más justa.

Conclusiones

Después del análisis de la figura penal de la colaboración con una organización terrorista, se ha llegado a las siguientes conclusiones:

- i. El terrorismo se refiere a la violencia realizada en forma sistemática y planificada por organizaciones terroristas o subversivas con el objetivo de lograr un fin político.
- ii. La ley antiterrorista, Decreto Ley No. 25475, fue promulgada en mayo de 1992. Esta ley abarcó una serie de aspectos legales tales como normas penales, procesales y penitenciarias.
- iii. El artículo 4 del Decreto Ley N° 25475 regula el tipo penal de colaboración con una organización terrorista. El primer apartado del artículo establece que las personas que voluntariamente participen en cualquier forma de colaboración que favorezca actos terroristas serán sancionadas con pena privativa de libertad no menor de 20 años. En el segundo apartado del artículo se especifican los distintos actos que tienen la consideración de colaboración.
- iv. Esta modalidad de terrorismo se caracteriza por ser un delito de mera actividad pues no se requiere un resultado en el mundo exterior para que se vea configurado dicho delito.
- v. Es una modalidad que tiene una sanción similar al de la afiliación a una organización terrorista; sin embargo, será el juez quien al momento de imponer una sanción realice un test de proporcionalidad sobre la adecuada sanción que debería recibir el acusado, si el caso lo amerita.

Referencias bibliográficas

- Campo, J. (1997). *Represión penal del terrorismo. Una visión jurisprudencial*. Valencia: Editorial General de Derecho.
- Chirino, A. (2004). "Perspectivas para una teoría del bien jurídico en el momento actual. Un aporte a la discusión de la reforma penal en Costa Rica" en *Democracia, justicia y dignidad humana*. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental.
- Lamarca, C. (1985). *Tratamiento jurídico del terrorismo*. Madrid: Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia.
- Mestre, E. (1987). *Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional*. Madrid: Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia.
- Muñoz, F. (2017). *Derecho Penal. Parte Especial*. 21ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Muñoz, F. y García, M. (2019). *Derecho Penal: Parte General*. 10ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch.

Santos, Jesús. *El tratamiento jurídico del terrorismo en el Código Penal español*. Página web visitada: http://www.cicte.oas.org/Database/Cartagena_Jesus_Santa_Alonso.pdf

Jurisprudencia:

Recurso de Nulidad 3048-2004-Lima, de fecha 21 de diciembre del 2004.

Recurso de Nulidad 1062-2004 de fecha 22 de diciembre del 2004

Consulta 126-2004 de fecha 20 de diciembre del 2004.

Expediente 560-03-SPN, sentencia de fecha 13 de octubre del 2006, conocido como el Megaproceso seguido contra Abimael Guzmán Reinoso y otros.

Notas al final

1 Abogado por la Universidad Nacional Federico Villarreal.

2 El delito de terrorismo es considerado uno de gran magnitud por sus consecuencias múltiples en nuestra sociedad.

³ Siguiendo la conceptualización realizada por la Declaración de Lima para Prevenir, Combatir y Eliminar el Terrorismo (OEA).

⁴ Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de fecha 22 octubre 2002.

⁵ Resolución 51/210 de la Asamblea General de la ONU, «Medidas para Eliminar el Terrorismo» de fecha 16 de enero de 1996.

⁶ Recurso de Nulidad 3048-2004-Lima, de fecha 21 de diciembre del 2004. Fundamento jurídico 9.

⁷ Expediente 560-03-SPN, sentencia de fecha 13 de octubre del 2006, conocido como el Megaproceso seguido contra Abimael Guzmán Reinoso y otros. Fundamento jurídico 10. p. 143

⁸ Recurso de Nulidad 1062-2004 de fecha 22 de diciembre del 2004. Fundamento jurídico 6.

⁹ Consulta 126-2004 de fecha 20 de diciembre del 2004. Fundamento jurídico 3.

INVESTIGACIONES NACIONALES

Aproximaciones al test de ponderación en la jurisprudencia nacional peruana

Approaches to the weighting test in peruvian national jurisprudence

*Nerio Jorge Callañaupa Escobar*¹

Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, Perú

<https://orcid.org/0009-0006-5113-9741>

nerio.callanaupa@unmsm.edu.pe

Presentado: 19/11/2023 - Aceptado: 23/12/2023 - Publicación: 30/12/2023

Resumen

En este artículo examina como es que el Tribunal Constitucional peruano ha importado las categorías teóricas de la jurisprudencia alemana para luego aplicarlos a sus casos, precisamente la lógica del test de ponderación, su estructura y su formato de solvencia frente a un supuesto de colisión de derechos fundamentales. En esa línea, se hace un examen de las principales jurisprudencias que el Tribunal Constitucional ha emitido, para romper en el campo semántico del test de la proporcionalidad, instalando así un nuevo elemento a la cultura jurídica hegemónica de nuestro país, adoptando finalmente el test de ponderación frente al test de la jerarquización.

Palabras clave: Test de ponderación, razonabilidad, proporcionalidad, idoneidad y necesidad.

Abstract

In this article we examine how the Peruvian Constitutional Court has imported the theoretical categories of German jurisprudence and then applied them to its cases, precisely the logic of the weighing test, its structure and its solvency format in the face of a case of collision of rights. fundamental. Along these lines, an examination is made of the main jurisprudence that the Constitutional Court has issued, to break into the semantic field of the proportionality test, thus installing a new element to the hegemonic legal culture of our country, finally adopting the test of proportionality. weighting against the ranking test.

Keywords: Weighting test, reasonableness, proportionality, suitability and necessity.

I. Introducción

Los Estados Democráticos Constitucionales Modernos cuentan con un ordenamiento jurídico conformado por normas, principios e instituciones que garantizan la vigencia efectiva del ejercicio de los derechos fundamentales, pues justamente el fin de todo Estado y sociedad es la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad, tal cual queda consagrado también en el artículo 1° de nuestra Ley fundamental del año 1993. Como se entiende, el punto basilar de la ingeniería del sistema jurídico queda estructurada, no solamente por normas y principios, sino también, a criterio nuestro, por instituciones que todos ellos, en conjunto, están encaminados al norte de la tutela efectiva de los derechos fundamentales del hombre.

No es nuestra intención analizar el marco teórico de las instituciones, pero sí, para los efectos del presente artículo, repararemos en el marco de las normas y principios, para luego de poner en derecho el test de la ponderación en contraste con el test de subsunción y el test de la jerarquía de derechos, todo ello sobre la plataforma de uno de los problemas centrales de la dogmática de los derechos fundamentales, que es el conflicto o colisión de derechos básicos para la convivencia de los hombres en la sociedad. A su vez, más adelante, analizaremos la estructura del test de la ponderación, sus componentes y las formas en que el Tribunal Constitucional peruano ha aplicado esta fórmula principista alemana, así como su adopción e innovación de lógicas de la proporcionalidad, y finalmente, verter un crítica sinóptica de la tesis del conflicto de derechos fundamentales en correlación con la alternativa de la ponderación.

Naturalmente, y siguiendo la filosofía aristotélica, todo principio de actividad humana que pretende pasar del <<no ser>> al <<ser>> obedece a una causa objetiva y a una finalidad subjetiva del actor. Nuestra causa objetiva subyace en el hecho de que el cúmulo de operadores fiscales y judiciales, en su afán de resolver una causa penal, apelan irremediablemente a un *sentido común* que reina sus elucubraciones, y ese sentido común, evidentemente, no es o no debe ser cualquiera, sino un *sentido común instruido y entrenado* para la toma de decisión; por lo que, en aras de procurar la consolidación de ello, es que se construye el presente artículo, con la finalidad subjetiva nuestra, de forjar la cultura jurídica en la legislación de la razón humana, y así, en su ulterioridad, todos los operadores de derecho de este Distrito Fiscal de Ayacucho podamos tomar mejores decisiones para un mejor servicio en la administración de justicia.

II. Contenido

1. Un modelo de sistema jurídico ideal:

Puntualiza Robert Alexy, que en el sistema democrático constitucional hay dos modelos de su manifestación, *el modelo constitucionalista* y *el modelo*

legalista (Alexy, 1994, p. 159)., lo que en la literatura jurídica se ha denominado respectivamente, la tiranía de valores y/o principios frente al imperio de la ley. El primer enfoque del sistema jurídico democrático, dio su inicio en el año 1958 cuando el Tribunal Constitucional Federal de Alemania emitió la sentencia Luth, en donde el tribunal indicó que el bloque constitucional contiene un orden objetivo de valores, y, por tanto, las decisiones que emerjan de ello tienen un *efecto de irradiación* (Loc. Cit.) en todo el derecho infraconstitucional.

Según esta sentencia que marca un hito histórico en el enfoque del sistema jurídico. La Constitución, no es ya meramente una ley de leyes, o una base de autorización *“para reemplazar la subsunción clásica bajo las reglas jurídicas por una ponderación según valores y principios constitucionales”* (Loc. Cit.). Por su parte, a la segunda posición del legalismo, rechaza el modelo constitucionalista adjetivándolo como una *tiranía de valores (Hartmann, 1926, p. 523).*, según el cual todo parte de la Constitución, y el derecho ordinario solo es una manifestación o plasmación fenoménica de ésta. Son de esta aseveración los autores como Carl Schmitt siguiendo a Nikolai Hartmann quienes propugnan el imperio de ley, subsunción en reversa de ponderación, derecho ordinario autónomo en reversa de la Constitución omnipresente, y finalmente, las normas en relevo de los principios.

Esta dicotomía de elucubraciones trajo consigo el reparo de las normas y principios, así como sus lógicas de practica procesal en su interpretación y aplicación, precisamente en el estadio de una colisión de derechos. En este escenario, irrumpe la tesis del iusfilosofo Robert Alexy (1994), que puntualiza *“ni los principios ni las normas regulan por sí mismo su aplicación”* (p. 173), pues ellos, con mucha razón *“solo representan el costado pasivo del sistema jurídica”* (Loc. Cit), en tanto tal son huérfanos de su completitud, generando su integridad solamente con un *“procedimiento de aplicación”*. Por tanto, el modelo de sistema jurídico ideal, quedaría ocupada, no por el rótulo de los constitucionalistas ni legalistas, sino por un constitucionalismo moderado del sistema jurídico, conformado por normas, principios y procedimientos, ya que estos últimos, *“aseguran la racionalidad de una decisión”* (Alexy, 1994, p. 174) mediante una lógica de argumentación.

1.1. Componentes del sistema jurídico:

El plexo de un sistema jurídico bien entroncada, según la línea de Robert Alexy, esta figurada por reglas, principios y procedimientos; empero, como se ha relatado en el introito de la presente, manejamos un criterio heterogéneo a este razonamiento, a nuestro juicio, la composición del sistema estaría forjada en base a la normas, principios e instituciones, pues es evidente que en el ordenamiento jurídico existen también normas instrumentales y no meramente sustantivas, en donde quepa el quid del procedimiento,

cosa que no sucede con la institución pues contiene un marco diferente a la norma y al principio. No obstante, este específico punto es un elemento que se extrapola al análisis del presente artículo, por lo que nos centraremos únicamente en el examen de la regla y el principio, pues el contraste de estos elementos constituye la piedra angular o uno de “*los pilares fundamentales de la teoría de los derechos fundamentales*” (Alexy, 1994, p. 81), ya que su interiorización permite avizorar la solvencia de un supuesto de colisión o conflicto de derechos, ya sea bajo la técnica de la subsunción, ponderación o jerarquización.

Un principio, a nuestro intelecto, es un razonamiento o juicio que fundamenta, erige y canaliza el soporte estructural y funcional del sistema jurídico, es, por tanto, el fundamento directriz de las normas. Es esa razón, ha de entenderse a un principio como un juicio deontológico, un criterio directriz de carácter general destinado a optimizar la correcta interpretación y aplicación de la regla. Por su parte, el italiano León Petrasizky define a la norma como un “*juicio imperativo – atributivo*”, pues ello impone un deber y simultáneamente otorgan un derecho. La norma jurídica es básicamente un juicio o una regla que regula la conducta humana, ya sea prohibiéndolo (norma negativa), permitiéndolo (normas positivas) o describiéndolo (norma neutral), cuyo incumplimiento acarrea una sanción.

Sin embargo, una definición más importante y hegemónico que la nuestra, es la hilvanada por el iusfilósofo Robert Alexy, quien con su solvencia conceptual recaída en su obra “*Concepto y Validez del Derecho*”, ha llegado al estrellato de la cultura jurídica constitucional, al señalar que “*un principio es un mandato de optimización que ordena y determina que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y las posibilidades fácticas*” (p. 162)., cuya aplicación es, básica y fundamentalmente, una cuestión de racionalidad lógica, fundante (justo) y legítimo. Asimismo, en su obra “*Teoría de los Derechos Fundamentales*” ha señalado que el principio es “*una norma que ordena que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades reales existentes*” (Loc. Cit). En contraste, la regla es un “*mandato definitivo que ordenan y determinan hacer exactamente lo que ella exige*” (Loc. Cit), y está determinada bajo la lógica del tipo. Su aplicación es determinativa y tajante, o sea una cuestión de todo o nada.

2. Dicotomía de la certeza del derecho

La teoría dogmática de los derechos fundamentales tiene un punto clave de análisis a la regla y al principio, pues a partir de los alcances de ella y de su propia divergencia, se logra solventar los problemas que revelan el ejercicio de los derechos colectivos y libertades individuales de las personas, empero sus fórmulas o esquemas de ampliación para la seguridad jurídica, han dado lugar una nomenclatura dicotómica bautiza por los pandectas alemanes como

el test de la ponderación y el test de la subsunción. Ahora bien, los principios son asequibles al test de la ponderación, pues ésta “*es la forma de aplicación del derecho que caracteriza a los principios*” (Loc. Cit); en contrario sensu, una regla no admite la técnica de ponderación, sino, como enseña el profesor Alexy, “*la subsunción es, para ellas, la forma característica de su aplicación*” (Loc. Cit), pudiendo ser esta aplicación, siguiendo las categorías de Manuel Atienza, en <<*los casos fáciles, los casos difíciles, y los casos trágicos*>>.

Esta distinción de los casos fáciles y los casos difíciles, “*juega un papel esencial en lo que cabría denominar teorías estándar de la argumentación jurídica, y también, más en lo general, en la teoría contemporánea del derecho*” (Atienza, 1997, p. 246). Para los novísimos, en la óptica de la teoría de la argumentación jurídica, el caso fácil alude a que un supuesto de hecho material es encuadrado y de forma sencilla en el supuesto formal, no requiriéndose mayor interpretación de la norma que subsume el hecho. Es una aplicación simple, sencilla y pura del derecho en el hecho. Por el caso difícil, no es una aplicación automática del derecho, sino que requiere una mayor profundización en a la interpretación de los elementos normativos y descriptivos del tipo penal. El caso fácil, indica Atienza, acarrea un “*consabido silogismo judicial*” (Loc. Cit), en el caso difícil, se importa una “*lógica de razón practica deductiva*” (Loc. Cit).

El caso trágico, importa “*aquellos supuestos en donde no cabe encontrar una solución judicial que no sacrifique un valor considerado como fundamental desde el punto de vista jurídico y/o moral*” (Atienza, 1991, p. 251)., en otros términos, constituye un caso, en donde no cabe otra alternativa más que un “*equilibrio mínimo*” (Atienza, 1989, p. 101). y óptimo, advirtiendo en este último caso, a nuestro criterio, uno de tipo endógeno -situación en donde el derecho prevé una alternativa de solución, no obstante, ello es contrario al ordenamiento moral del juzgador-, y otro de tipo exógeno -en derecho no prevé ninguna alternativa de solución concreta, no obstante, es solventable a través de los principios-. En corolario, advirtiendo este contexto, pueden, entre las reglas, emerger un conflicto, en tanto que, entre los principios, pueden emerger una colisión, pero no un conflicto, ya que los principios son valores positivados formalmente en el ordenamiento jurídico equiparables a un derecho iusfundamental. Así Ronald Dworkin señala “*los principios y valores son lo mismo, una es de ropaje deontológico, y otra es de ropaje axiológico*” (Dworkin,1990, p. 26).

3. Un panorama de los derechos fundamentales en conflicto/colisión.

La primera tesis que ha de poner en relieve es que en la teoría dogmática de los derechos fundamentales el conflicto de las normas es equiparada al conflicto de los derechos, y la colisión de principios es equiparada a la colisión

de derechos fundamentales, no habiendo conflicto de principios, pues como lo hemos indicado precedentemente, el conflicto implica declarar inválido un extremo y válido el otro, lo cual no sucede con los principios, pues ambos son válidos, en tanto que las normas, al entrar en conflicto, una es válida y la otra no; así, Alexy señala que el conflicto de normas puede ser solventada *“mediante la introducción en una de las reglas de una cláusula de excepción que elimine el conflicto o mediante la declaración de que por lo menos una de las reglas es inválida”* (Alexy, 1993, p. 67).

Sea pacífico o no, está posición de la tesis de equiparación de normas a los derechos, lo cierto es que, desde una perspectiva técnica y no científica, se asume como válida y cierta esta proposición por tradición jurídica del origen del constitucionalismo moderado, pues en la Constitución del 93, la norma positivada reconoce a un derecho justamente para ampararlo, protegerlo y propugnarlo, razón por el cual, deviene su lógica de equiparación, ya que la norma no crea un derecho, sino meramente las reconoce formalmente, adoptando con ello una sección razonable de la visión del iusnaturalismo. Ahora, es evidente también que los derechos fundamentales al momento de ser ejercidos en la vida proactiva, pueden llegar a chocar o colisionar, así el profesor Gregorio Peces-Barba, enseña que *“en caso de conflicto o de antinomia subjetiva, si se permite la paradoja, quien debe ceder y quien debe continuar cómo se construye ese límite al derecho fundamental, son preguntas claves para una teoría de los derechos fundamentales”* (Peces Barba, 1994, p. 594).

Frente a una colisión de derechos, conflicto de derechos, tensión de derechos o casos trágicos como otros prefieren llamarlo, existe un binomio de criterios test para solucionarlo, primero, el test de jerarquización, y segundo, el test de la ponderación. Según el primer test, los derechos fundamentales deben de estar estructurados en una tabla tasada de derechos, bajo un orden de prelación y según el orden de importancia, es decir, habría *“derechos fundamentales comunes y derechos fundamentales supremos (Troper, 1996, p. 255)”* en donde el juzgador solo recurra a esta tabla para solventar el problema; empero, esta posición no es aceptada por el Tribunal Constitucional del Estado peruano, ya que *“no hay derechos superiores y derechos inferiores, todos están en igual condición”* (Exp. N° 06712-2005-PHC/TC.); además su determinación sería arbitraria bajo una convención de las lógicas del legislador, además, la preferencia del juzgador sería por un derecho preferido que tiene la prerrogativa de estar en el orden de prelación superior, sacrificando y arrasando del todo al derecho que está en un rango menor en la tabla de derechos pretasados, lo cual no es subsiste para la lógica de la razón práctica.

En verbigracia, si se advierte una colisión entre el ejercicio del derecho a la libertad de expresión y el derecho a la intimidad, el test de jerarquización de derechos parece tener fallas en su óptima solvencia a este problema,

pues los matices para determinar la hegemonía de un derecho sobre otro es variopinto, complejo y siempre hay razones por el cual se pueda impugnar u objetar la tesis de la hegemonía de un derecho, en corolario, advirtiendo esta situación, el principio de proporcionalidad o test de la ponderación alemana se posiciona como una alternativa lógica de solución mas subsistente al formular o establecer un equilibrio de contrapesos entre los derechos que entran en colisión, sin dejar de lado, que este principio estructura también *“un criterio de control sobre los poderes discrecionales de la administración y como límite al ejercicio del poder”* (Sapag, 2008, p. 170), más allá del balance de contrapesos de los principios, pues recordemos que la Sentencia Luth emitida por el Tribunal Constitucional Federal Alemán es la que le otorgó este sentido semántico de test.

4. El principio de proporcionalidad o test de la ponderación.

A nuestro entender, el principio de proporcionalidad constituye pues una herramienta de control de la arbitrariedad de los poderes públicos en el uso de las facultades discrecionales y legales que una autoridad ostenta, por tanto, es una *“lógica de moderación de poder”* (Fernández, 2008, p. 277), o una lógica de balance y equilibrio en la intervención del Estado frente a un caso concreto. Por su parte, el Tribunal Constitucional ha indicado que este principio *“no sólo comporta una garantía de seguridad jurídica, sino también concretas exigencias de justicia material”* (EXP. N.º 0010-2000-AI/TC), lo cual, en el caso peruano, esta positivado como principio general del derecho en el artículo 200º de la Constitución Política, y en tanto tal, se aplica a todo el ordenamiento jurídico. En efecto, es un rasgo matriz o un parámetro de actuación de todo Estado Constitucional de Derecho al igual que el debido proceso y el principio de legalidad, con la clara precisión que la proporcionalidad o la ponderación no es una cuestión de todo o nada, de lo válido o lo inválido, de lo superior o inferior, sino de una cuestión de balance y de una *“tarea de optimización de derechos”* (Alexy, 1993, p. 289). Esta es, indica Prieto Sachis (2002), finalmente, la ley de la ponderación, *“optar la mejor decisión cuando en la argumentación concurren razones conflictivas y del mismo valor”* (p. 212).

Ahora, a decir de la ciencia jurídica alemana, su estructura comporta de juicios, criterios o principios que canalizan su adecuada implementación en cada supuesto de hecho material, comportando las etapas sucesivas de análisis *“los sub principios de idoneidad, necesidad, y proporcionalidad en estricto sensu”* (Op. cit., p. 91-92), esta es la fórmula clásica que la doctrina y jurisprudencia alemana han heredado al sistema jurídico del Civil Law, adoptando así el Tribunal Constitucional esta nomenclatura tríplica que compone el principio de proporcionalidad; no obstante, de la jurisprudencia desarrollada por esta Alta Corte Constitucional, han añadido en dicha estructura, el principio de razonabilidad, esbozando una acuñación teórica con matices diferentes a la

proporcionalidad, pero que honestamente, a decir nuestro, no encontramos una clara y precisa dilucidación entre la proporcionalidad y la razonabilidad, más que una relación de género y especie, pues una decisión proporcional y balanceada es siempre razonable, o un acto estatal será razonable siempre que ello sea proporcional o equilibrada.

El subprincipio de la idoneidad, en la intervención del Estado o en la restricción o limitación de un derecho solo es posible siempre que favorezca la satisfacción de otro derecho fundamental. García Amado señala que *“la limitación de un derecho fundamental solo es constitucionalmente admisible si efectivamente sirve para favorecer a otro derecho fundamental”* (García Amado, 2007, p. 253). Es pues un análisis de fin legítimo, pues la afectación de un derecho solo es en tanto y en cuanto se optimice la consecución máxima de otro derecho. El principio de necesidad, invoca un análisis de medios, pues se busca el medio alternativo menos gravoso para el derecho en tensión, es decir, su base de legitimidad en la intervención estatal, está ligada a lo estrictamente imprescindible, ya que la medida que se adopta es única posible y la menos gravosa en la restricción o limitación de un derecho comprometido con otro.

El principio de proporcionalidad en sentido estricto, o ley de la ponderación como se conoce *erga omnes* en Alemania, está comprendida, indica Alexy (1993), por dos criterios², *a) cuanto mayor es el grado de afectación de uno de los derechos, mayor debe ser la satisfacción del otro, y b) cuanto más intensa sea una intervención en un derecho fundamental, tanto mayor debe ser la certeza de las premisas que sustentan la intervención* (p. 89). En esa línea, consideramos que la ley de la ponderación es eminentemente una ley de optimización de derechos, pues obliga al juzgador limitar un derecho en lo más mínimo siempre que se satisfaga un derecho en lo máximo, ese es el meollo de la ponderación, pues como dijimos anteriormente, este modelo no es una cuestión de todo o nada, de lo válido o lo inválido, sino de una cuestión de *“balance óptimo de derechos”*. En este paradero, y vista la acuñación teórica de estos sub principios, es oportuno examinar cómo es que el Tribunal Constitucional peruano ha abordado el test de la ponderación en la forja de la jurisprudencia nacional.

5. La ponderación en la jurisprudencia nacional constitucional.

5.1. Sobre el principio de razonabilidad:

Los magistrados del Tribunal Constitucional en el caso de reforma del régimen de pensiones, recaído en el Expediente N° N.º 0050-2004-AI/TC, señaló que *“el test de razonabilidad es un análisis de proporcionalidad que está directamente vinculado con el valor superior justicia; constituye, por lo tanto, un parámetro indispensable de constitucionalidad para determinar la actuación de los poderes públicos, sobre todo cuando ésta afecta el ejercicio de los derechos*

fundamentales (fs. 109)”, y en esa razón, hace entender que tanto el principio de proporcionalidad como el principio de razonabilidad son prácticamente análogos, empero si verificamos la casilla o asiento positivo de su regulación, advertimos que en el cuarto párrafo del artículo 200° del texto constitucional el legislador hace entender que ambos principios son distintos, pues usa el conector lógico de “y”, lo cual supone copulación de razonamientos distintos.

Así también en el caso Espinoza Soria, caso recaído en el Expediente N° 1803-2004-AA, el Tribunal ha manifestado que *“la razonabilidad es un criterio íntimamente vinculado al valor Justicia y está en la esencia misma del Estado Constitucional de Derecho. Se expresa como un mecanismo de control o interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos en el uso de las facultades discrecionales, y exige que las decisiones que se toman en ese contexto, respondan a criterios de racionalidad y que no sean arbitrarias”*; empero, no ha embozado hasta su coyuntura *“una distinción clara entre la proporcionalidad y la razonabilidad”*(Rubio Correa, 2005, p. 251), ya que a criterio de esta jurisprudencia constitucional, ambas categorías teóricas entroncaban *“estructuras conceptuales inescindibles”*, tal cual se aprecia del tenor de la STC N° 408-1997-AA.

No obstante, en el Expediente N° 2192-2004-AA el Tribunal ha precisado que la proporcionalidad y la razonabilidad son manifestaciones lógicas distintas, advirtiéndose este último en el resultado de la operación argumentativa, que es la decisión, en tanto que la proporcionalidad es la trayectoria o el procedimiento para llegar a ese resultado, pues la lógica del juzgador supera los niveles de adecuación, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto, así el TC señala literalmente:

“(…) Si bien la doctrina suele hacer distinciones entre el principio de proporcionalidad y el principio de razonabilidad, como estrategias para resolver conflictos de principios constitucionales y orientar al juzgador hacia una decisión que no sea arbitraria sino justa; puede establecerse, prima facie, una similitud entre ambos principios, en la medida que una decisión que se adopta en el marco de convergencia de dos principios constitucionales, cuando no respeta el principio de proporcionalidad, no será razonable. En este sentido, el principio de razonabilidad parece sugerir una valoración respecto del resultado del razonamiento del juzgador expresado en su decisión, mientras que el procedimiento para llegar a este resultado sería la aplicación del principio de proporcionalidad con sus tres subprincipios: de adecuación, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación” (fs. 15).

Posteriormente, esta sindicación conceptual fue reformulada por el TC, reformando su criterio entorno a una reestructuración conceptual,

efectuando con ello una reinserción del principio de razonabilidad dentro del principio de proporcionalidad, ya que en la Sentencia recaída en el Expediente N° 045-2004-AI, se puntualiza que *“(...) el principio de razonabilidad se exige que una medida restrictiva se justifique en la necesidad de preservar, proteger o promover un fin constitucionalmente valioso. Es la protección de fines constitucionalmente relevantes la que, en efecto, justifica una intervención estatal en el seno de los derechos fundamentales. Desde esta perspectiva, la restricción de un derecho fundamental satisface el principio de razonabilidad cada vez que esta persiga garantizar un fin legítimo y, además, de rango constitucional”*.

Mas adelante, en el fundamento 29 de la aludida sentencia, el tribunal precisa que *“la razonabilidad, en estricto, se integra en el principio de proporcionalidad. Uno de los presupuestos de éste es la exigencia de determinar la finalidad de la intervención en el derecho de igualdad. Por esta razón, lo específico del principio de razonabilidad está ya comprendido como un presupuesto del principio de proporcionalidad”*, y justamente, bajo este parámetro de razonamiento es que actualmente se esquematiza el principio de proporcionalidad, estructurando su contenido bajo las nomenclaturas de razonabilidad, idoneidad, necesidad y ponderación en strictu, juicio éste que también puede volver a advertirse en la sentencia del Caso Chong Vásquez, sentencia recaída en el Exp. N° 2235-2004-AA/TC del 18 febrero de 2005.

5.2. Sobre el principio de la idoneidad

El Tribunal Constitucional, al respecto de este principio, ha esbozado su reflexión indicando que ello *“(...) comporta que toda injerencia en los derechos fundamentales debe ser idónea para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo, es decir, que exista una relación de medio a fin entre la medida limitativa y el objetivo constitucionalmente legítimo que se persigue alcanzar con aquél”*. Es decir, este principio importa un análisis de medio a fin, lo que significa que el medio adoptado por el juzgador sea oportuno y asequible y/o adecuado para alcanzar los fines legítimos constitucionales. En aras de expresar mejor este principio, considero conveniente relatar un caso en donde la colisión de derechos iusfundamentales fueron resueltos en aplicación de este principio, así tenemos el caso denominado “Calle de las pizzas”, en donde la Asociación de Comerciantes San Ramón y Figari interpuso demanda de inconstitucionalidad contra las Ordenanza Municipal N.º 212-2005 y la Ordenanza Municipal N.º 214-2005, emitida por el Alcalde de la Municipalidad Distrital de Miraflores.

Las referidas ordenanzas restringieron el horario de apertura nocturna de los establecimientos comerciales de la zona denominada “Calle de las pizzas”, estableciéndose que los locales debían cesar sus actividades en el siguiente horario: *De domingos a jueves a la 01:00 horas del día siguiente, los días viernes, sábado y vísperas de feriado a las 02:00 horas del día siguiente,*

pudiendo aperturar sus locales a las 07: 00 de la mañana, ello con el objeto de resguardar la tranquilidad y seguridad de los vecinos mirafloresinos . El Tribunal Constitucional, advertida el supuesto de hecho recaído en el Exp. N° 0007-2006-PI/TC, se preguntó ¿puede garantizarse la vida y la integridad estableciendo una restricción de la hora máxima de apertura de un establecimiento? ¿Puede la vida, seguridad e integridad física de los trabajadores y concurrentes de los establecimientos de la zona bajo restricción garantizarse restringiendo el horario máximo de apertura del mismo?

La respuesta, a estas dos interrogantes fueron negativas, efectuando un análisis de idoneidad, los magistrados indicaron que *“la restricción del horario de atención no constituye una medida idónea para la prosecución del objetivo que se propone la Municipalidad”*. Como se observa, la relación de medio y fin no era congruente, pues la intervención del Estado en el derecho de los titulares de los locales, constituía un medio que no permitía alcanzar los fines que la municipalidad perseguía, en esa línea, el Tribunal señaló: *“La protección de la integridad, la vida y la seguridad de los trabajadores de los establecimientos comerciales así como de los concurrentes a ellos puede proveerse a través de la implementación de un adecuado servicio de la Policía Nacional y del servicio de Serenazgo de la propia Municipalidad e, incluso, establecerse como deber de los propios establecimientos comerciales, resultante de los servicios que brindan. En suma, la protección de aquellos derechos puede lograrse a través de un mayor y más adecuado servicio de seguridad, mas no a través de la restricción de los horarios de atención nocturnos y de madrugada”*, por lo que, como se observa este principio es vital e ineludible para el test de la proporcionalidad como estructura medular que permite una lógica equilibrada del fallo jurisdiccional.

5.3. Sobre el principio de la necesidad

Este principio de necesidad, denominada también, como principio de indispensabilidad, implica *“adoptar, entre las diversas alternativas existentes para alcanzar el fin perseguido, aquella que resulte menos gravosa para el derecho que se limita. Como tal, presupone la existencia de una diversidad de alternativas, todas aptas para conseguir el mismo fin, debiendo ser la escogida por el legislador aquella que genera menos aflicción sobre el derecho fundamental”*(Expediente N° 0050-2004-AI/TC., fs. 19). Es, por tanto, *“una comparación entre medios; el optado por el legislador y el o los hipotéticos que hubiera podido adoptar para alcanzar el mismo fin. Por esto, el o los medios hipotéticos alternativos han de ser igualmente idóneos”* (Exp. N° 0045-2004-AI/TC, fs. 39). Y, en aras de observar la forma en como el Tribunal Constitucional aplicó este principio, procedemos a examinar un caso mediático, esto es, el caso de Magaly Medina Vela vs. la vedette Mónica Adaro, caso recaído en el Exp. N° 06712-2005-PHC/TC.

El supuesto de hecho material, de acuerdo al expediente anterior, se tiene que: *“El día 31 de enero de 2000, en el programa televisivo Magaly TV, se transmitió un vídeo editado que contenía imágenes que revelaban datos íntimos de doña Mónica Adaro Rueda (querellante en el proceso penal), y se le apreciaba manteniendo relaciones sexuales con una persona de sexo masculino, identificado posteriormente como don Eduardo Martín Arancibia Guevara. Tal reportaje fue anunciado como ‘Las Prostivedettes’, y fue difundido a través de un canal de televisión de señal abierta. En el curso del proceso penal, se estableció que fueron los querellados, el productor del programa (don Ney Guerrero Orellana) y la conductora del mismo (doña Magaly Jesús Medina Vela), quienes contrataron a la persona que se aprecia en las imágenes para que indujera a la querellante a mantener relaciones sexuales por medios que son objeto del reportaje televisivo. Para el plan de los denunciados se contó con el previo ocultamiento de los dispositivos de filmación y grabación de audio en el ambiente en el cual iban a mantener relaciones sexuales”*. Este hecho comprendía una colisión de derechos fundamentales entre el derecho a la libertad de información y el derecho a la vida privada de la vedette.

Al respecto, el Tribunal indicó que, si bien existía una supuesta red de prostitución clandestina, de acuerdo al principio de necesidad, *“bastaba hacer un seguimiento de la persona que se estaba investigando o mostrar el momento en que se hacía el trato. Pero no puede ser aceptable, en un Estado democrático y social de derecho, que una cámara se introduzca subrepticamente en la habitación de un hotel para que luego las imágenes captadas muestren públicamente las partes íntimas del cuerpo de una persona. Ello es inaceptable y excesivo (Exp. N° 06712-2005-PHC/TC., fs. 49)”*, es decir, más allá lo de estrictamente necesario e indispensable, ya que el hecho se agotaba con informar a las autoridades competentes para que investigaran el supuesto de prostitución ilegal, empero, transmitirlo a través de un medio televisivo era más que incensario, máxime que, indica el tribunal, *“una periodista no es fiscal o juez para que en su investigación, calificar figuras delictivas y, sobre la base de ello, afectar derechos fundamentales ilícitamente (Ibidem).”*

5.4. Sobre el principio de la proporcionalidad en strictu sensu.

El principio de la proporcionalidad en strictu sensu equiparada a la nomenclatura de la ley de la ponderación, centra su ángulo basilar en el apotegma bautizada por Robert Alexy (1993), refiriéndose a este principio principalmente por la siguiente concreción jurídica: *“Cuando mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro”* (p. 138). Esta es la estructura medular del test de proporcionalidad alemana. Test, que como indicamos en el introito del presente trabajo, fue importando a nuestra jurisprudencia nacional con igual o idéntico contenido semántico, tal es así que los mismos magistrados del Tribunal Constitucional, en el caso PROFA,

han señalado que “*la proporcionalidad en sentido estricto o ponderación consiste en una comparación entre el grado de realización u optimización del fin constitucional y la intensidad de la intervención en el derecho fundamental*” (Exp. N° 0045-2004-AI/TC, fs. 40).

A fin de observar la plasmación fenoménica de esta categoría, encontramos en la jurisprudencia un caso en donde el derecho a la intimidad y la integridad física colisionó con el derecho a la persecución del delito, se trata de un caso recaído en el Expediente N° 00815-2007-PHC/TC, en donde la Segunda Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Huaura solicitó al Juzgado de Investigación Preparatoria la presencia del investigado a las instalaciones del Laboratorio Biomolecular y de Genética del Instituto de Medicina Legal del Ministerio Público a fin de que se le practique la intervención corporal al imputado, en aras de obtener una muestra de ADN de su cuerpo, en conformidad con el artículo 211° del Código Procesal Penal, ello en la investigación por un delito de Violación Sexual, a lo que el investigado se resistió alegando estar en en pésimas condiciones de salud, surgiendo así una colisión de intereses de carácter fundamental.

El tribunal, en su fundamento 11 de la sentencia propia, señaló que “*en los actos de investigación corporal, el grado de realización del fin de relevancia constitucional (que, como se mencionó anteriormente, lo constituye el interés público en la investigación del delito) es, por lo menos, equivalente al grado de afectación del derecho a la intimidad (Expediente N° 00815-2007-PHC/TC)*”, advirtiéndose con ello una aplicación del test de ponderación o proporcionalidad en sentido estricto, ya que si bien, se ve la afectación del derecho a la intimidad o integridad de la persona, entendida esta como “*un derecho que impide cualquier intrusión, así como toda invasión alteradora del derecho individual a la reserva, la soledad o el aislamiento, para permitir el libre ejercicio de la personalidad moral que tiene el hombre*”; empero, dicha afectación permite en lo máximo satisfacer otro derecho equivalente a ello, como lo es el derecho a la persecución y eficacia del Derecho Penal, como un interés general de carácter fundamental, lo cual implica no dejar impune un delito que ha afectado el bien jurídico de la libertad sexual.

No obstante a esta posición de los magistrados del Tribunal Constitucional, observamos que en la referida sentencia no se ha analizado un punto de quiebre central para el menoscabo legitimado del derecho constitucional a la intimidad o integridad, como lo es pues el grado de sospecha que pesa sobre el imputado o bien el nivel de desvanecimiento de la presunción de inocencia, pues, efectivamente si al momento en que se requiere la intervención caporal para la extracción de ADN, no se tiene mínima corroboración periférica de la sindicación delictiva, y advirtiendo que el investigado padece de una enfermedad que pone en riesgo su salud, entonces, la intervención no estaría legitimada; en supuesto contrario, cuando

exista mínima corroboración periférica, la intervención si sería conducente, ya que también se ve comprometido el derecho a la persecución penal para el esclarecimiento de los hechos, aspectos estos que el tribunal pudo haber analizado en la referida sentencia para despejar nuevas problemas que ulteriormente puedan surgir entorno a este objeto de pronunciamiento.

De otro flanco, como apéndice sustancial, conviene remitirnos al primer pronunciamiento jurisprudencial vinculante de la prisión preventiva como una medida de coerción procesal en donde el Estado interviene y afecta el derecho a la libertad de tránsito y el derecho a la presunción de inocencia del imputado, esto es, la Casación N° 626-2013, Moquegua, de fecha 30JUN2015, en donde los supremos, incorporaron a los presupuestos de la prisión preventiva del artículo 268° de la Ley penal adjetiva, dos requisitos más, “*la proporcionalidad y la duración de la medida*” (Casación N° 626-2013, Moquegua, de fecha 30JUN2015), cuestión que es altamente disputable, pues el análisis de la proporcionalidad, asunto que nos interesa en el presente artículo, es una cuestión indivisible a la discrecionalidad del juez, además, ello se ve aún más rebatible en el supuesto de que ulteriormente se declare fundada un requerimiento de prolongación del plazo de la prisión preventiva, habida cuenta que el plazo impuesto inicialmente fue impuesto a la luz de una lógica proporcional.

Empero, independientemente de ello, en el Distrito Fiscal de Ayacucho, aun cuando los pronunciamientos de la Sala Penal de Apelaciones no constituyan *per se* una jurisprudencia, estimamos oportuno esbozar sucinta y tangencialmente la forma en que el test de ponderación ha venido aplicándose en nuestra área geográfica; así en el Auto de Vista, de fecha 10JUN2022, recaído en el caso del Expediente N° 1381-2021-92, se advierte que el tribunal efectuó un análisis de la proporcionalidad de la prisión preventiva, bajo la estructura tríptico de la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en *strictu sensu*, empero, no existe un apartado dedicado al análisis del principio de la razonabilidad de la medida cuando este principio compone también la estructura del test de la proporcionalidad, pues el Tribunal Constitucional, en el fundamento 9 del Expediente N° 045-2004-AI, ha puntualizado lo siguiente:

“la razonabilidad, en estricto, se integra en el principio de proporcionalidad. Uno de los presupuestos de éste es la exigencia de determinar la finalidad de la intervención en el derecho de igualdad. Por esta razón, lo específico del principio de razonabilidad está ya comprendido como un presupuesto del principio de proporcionalidad” (fs. 17).

Si bien, en la doctrina y jurisprudencia alemana la estructura del test de ponderación obedece al marco del examen de la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en *strictu sensu*, empero los magistrados del Tribunal

Constitucional, al momento de importar este lenguaje dogmático, procedió a rebautizarlo agregando en ello, el principio de razonabilidad en el marco de su estructura primitiva teutónica, por lo que, el argumento de los jueces ordinarios, sin ánimos de generar displicencia o formular una disputa, debe también recorrer el análisis de principio de razonabilidad, principalmente en su faz de la imposición del plazo de la prisión preventiva, pues su determinación e imposición de 9 meses, 18 meses y 36 meses, no es automático ni meramente legal, sino razonable, ya que cada caso tiene sus particularidades y pautas de distinción en su coyuntura fáctica y procesal.

Creemos que, para ello, el juez debe de examinar *“una serie de criterios y pautas que ayudarán a establecer en cada caso concreto la duración razonable de una concreta detención preventiva”* (Castillo-Córdova, 2005, p. 19), pues en criterios del Tribunal, *“cada situación específica, permite al juez determinar la afectación del derecho constitucional a no ser privado de la libertad preventivamente más allá del tiempo razonablemente necesario”* (Expediente N.º 2915-2004-HC/TC, fs. 17). En efecto, este examen de razonabilidad del plazo no debe ser desmerecido en el análisis de la proporcionalidad, siendo un deber inexorable para la autoridad jurisdiccional, pues el plazo, profiriendo con la misma letra capital que señala el Tribunal Constitucional, *“debe ser tan solo la que se considere indispensable para conseguir la finalidad con la que se ha decretado la prisión preventiva; por lo tanto, si la medida ya no cumple los fines que le son propios, es preciso revocarla de inmediato”*.

A la postre de este desasosiego meramente académico, tenemos el también el Auto de Vista, de fecha 31OCT2023, recaído en el Expediente N° 00321-2020-98, el Auto de Vista, de fecha 28SET2023, recaído en el Expediente N° 00968-2021-31 y el Auto de Vista, de fecha 31ENE2023, recaído en el Expediente N° 001132-2022-58, en donde los jueces ordinarios han trascordado la atención al principio de razonabilidad, pues se advierte en sus argumentos que hay apartados dedicados únicamente al principio de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en strictu sensu, que valga la atingencia, son eficaces en su examen cualificado de medios, balances y fines legítimos de la media, empero, causa una agitación subjetiva en nosotros, que dichos autos de vista estén huérfanos en el examen del test de la razonabilidad, por lo que, atendiendo ello es que tratamos de levantar una voz, con fines meramente académicos, el test de razonabilidad del plazo de la prisión preventiva sintonice su examen dentro del test de la proporcional, ya que con ello, la practica procesal en este respecto, quedaría completa.

III. A manera de conclusión

Es evidente que las leyes de la ponderación legados por la jurisprudencia alemana constituyen una herramienta útil y estratégica para resolver casos difíciles o trágicos, en donde dos derechos de igual importancia se ven expuesto al momento de efectuarse el ejercicio material, siendo esta

alternativa de solución la más óptima y lógica que el Estado de Derecho Constitucional tiene en su mesa doctrinal y jurisprudencial. Ello, en razón a que la tesis de la jerarquización de derechos al catalogar un derecho como supremo y otro derecho como inferior dentro de una “*tabla jerárquica de derechos fundamentales*”, según un orden de prelación, esta desconociendo el fundamento de todo derecho, que es la dignidad humana, pues por esta razón, todos los derechos son equiparables y no estratificados, razón por el cual, el desplazamiento de derechos según su importancia no es recibida en nuestro ordenamiento constitucional.

No obstante, el test de ponderación como herramienta de solvencia al conflictivismo de derechos fundamentales, somete a este problema a una suerte de reducción de la entidad de los derechos fundamentales, sin que ellos sean suprimidos, eliminados o desplazados del ordenamiento jurídico, lo cual, al momento de su aplicación no está exenta de subjetividades, ya que los pasos o etapas que requiere la implementación del principio de proporcionalidad no tiene garantías objetivas de aplicación, quedando ello al pleno desarrollo de la argumentación jurídica como mecanismo de justificación y motivación. En segundo momento, se critica también que la ponderación no tiene autonomía, ya que es un decisionismo de pura razón practica vestida de argumentación e interpretación de las normas constitucionales, pudiendo en esa razón dejar espacios abiertos para que el Tribunal apele al principio de legalidad, y en otras ocasiones al principio de razonabilidad o proporcionalidad.

Lo cierto es que las decisiones jurisdiccionales, independientemente de que el test de la ponderación sea una virtud o un defecto de nuestro ordenamiento, es que obedecen a garantías que pretenden reducir el nivel o grado de error que puede tener una decisión, lo cual permite las leyes de idoneidad, necesidad, razonabilidad y proporcionalidad en sentido estricto, como garantías de control de la arbitrariedad, pues, a nuestro criterio no existe decisiones portadoras de la verdad legal, sino decisiones perfectibles que reducen en lo máximo el nivel de falibilidad de una decisión, y eso es lo que permite el test de la ponderación, alcanzar un equilibrio razonable de una decisión; por lo que, en el momento actual del avance de nuestra cultura jurídica peruana, estimamos que el test de ponderación, al servir como herramienta de racionalidad de las decisiones, comporta una alternativa idónea y óptima para la forja de nuestra jurisprudencia nacional.

Referencias bibliográficas

- Alexy, Robert. (1994). *Concepto y Validez del Derecho*. Alemania. Editorial Gedisa,
- Alexy, Robert. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1ra edición.
- Bernal Pulido, Carlos. (2005). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 2a. ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

- Castillo-Córdova, Luis. (2005). El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del tribunal constitucional peruano. Lima – Perú. Revista Peruana de Derecho Público.
- Dworkin, Ronald. (1990). El derecho enserio. 2da edición. España.
- Fernández Nieto, Josefa. (2008). Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales: Una perspectiva desde el Derecho Público Común Europeo, Madrid,
- Manuel Atienza. (1997). Los límites de la interpretación constitucional, Revista española de derecho constitucional. España,
- Manuel Atienza. (1989). Sobre las razones del derecho. Revista española de derecho constitucional. España.
- Manuel Atienza. (1991). Las razones del derecho, teoría de la argumentación jurídica. Centro de estudios constitucionales, España, Madrid.
- Peces Barba, Gregorio. (1999). Curso de derechos fundamentales. Teoría general, Madrid, Universidad Carlos-III de Madrid y Boletín Oficial del Estado.
- Rubio Correa, Marcial. (2005). La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial.
- Sapag, Mariano A. (2008), “El principio de proporcionalidad y de razonabilidad como límite constitucional al poder del estado”.
- Sanchís., I. Prieto. (2002). Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial. Lima: Palestra Editores.
- Troper, Michael. (1996) “La noción de principio supraconstitucional. Análisis y derecho”. Revista de Derecho de la Universidad de Génova. Italia.

EXPEDIENTES:

- Expediente N° 06712-2005-PHC/TC
- Expediente N° 0010-2000-AI/TC
- Expediente N° 050-2004-AI/TC
- Expediente N° 1803-2004-AA/TC
- Expediente N° 2192-2004-AA/TC
- Expediente N° 045-2004-AI/TC
- Expediente N° 0007-2006-PI/TC.
- Expediente N° 0050-2004-AI/TC
- Expediente N° 06712-2005-PHC/TC
- Expediente N° 2915-2004-HC/TC

Notas al final

1 Fiscal Superior de la Cuarta Fiscalía Superior Penal de Ayacucho. Magister en técnicas especiales de litigación oral, por la Universidad de California Western School Of Law EE.UU. Actualmente viene realizando estudios de doctorado en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Correo electrónico: nerio.callanaupa@unmsm.edu.pe.

2 Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Ob. cit., Pág. 89.

INVESTIGACIONES NACIONALES

Lucha contra la corrupción y cultura: Breve reflexión a partir de las ideas de Guido Waisberg

Fight against corruption and culture: Brief reflection based on Guido Waisberg's ideas

Diego Alonso Noronha Val

Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, Perú

<https://orcid.org/0009-0007-3358-6641>

diego.noronha@unmsm.edu.pe

Presentado: 05/11/2023 - Aceptado: 23/12/2023 - Publicación: 30/12/2023

Resumen

La corrupción supone una infracción a las normas legales pero, sobre todo, de carácter moral y ético. Ésta se produce por múltiples factores, sin embargo, es la cultura la que primordialmente la determina. En tal sentido, considerando que dicho factor varía conforme al espacio geográfico y social, las estrategias para su combate deben ser individuales y particularizadas. El esquema cultural de occidente no responde al mismo que el de la región latinoamericana, por tanto, los mecanismos de lucha no pueden ser idénticos. Es así que tanto las estrategias internas como los instrumentos internacionales deben ser planteados, o incluso replanteados, conforme a dicha consigna.

Palabras clave: Corrupción, Derecho Internacional, Cultura, Moral y ética.

Abstract

Corruption represents a violation of legal norms but, above all, of moral and ethical nature. This is due to multiple factors; however, it is culture that primarily determines it. In this sense, considering that this factor varies from place to place, the strategies to combat it must be individual and particularized. The cultural scheme from western countries does not respond to the same as that of the Latin American region; therefore, the fighting mechanisms cannot be identical. Thus, both internal strategies and international instruments must be raised, or even rethought, in accordance with it.

Keywords: Corruption, International law, Culture, Moral and Ethics.

I. Introducción

Aun cuando la corrupción sea un fenómeno cultural especialmente complejo y que exige un abordaje multidisciplinario, es generalizado el concepto negativo que la ciudadanía le atribuye. No existe grupo humano que no reproche expresamente las prácticas corruptas en distintos escenarios, en tanto quebrantan valores colectivos fundamentales que tangibilizan un obstáculo para el desarrollo¹. Es, en buena cuenta, un fenómeno que expresa una crisis de moralidad que se ve concretizada en acciones que procuran el bienestar individual por sobre el colectivo, como producto de la sustracción voluntaria del agente del propio sistema de cooperación en el que nace.

La corrupción, como expresión individualista de la voluntad y que niega intereses colectivos, nace por variados factores históricos, sociales y culturales sustanciales que explican su manifestación en distintas agrupaciones. Así, aun cuando este se encuentre demarcado conforme a un juicio valorativo negativo de carácter universal, lo cierto es que su gestación se torna particular en cada escenario, es decir, se desarrollará en virtud de características específicas según cada región. Ella no se manifiesta idénticamente en los países nórdicos europeos y en los latinos, Asia, o África. En ese sentido, si bien se parte de una premisa común, que podría incluso justificar la existencia de estándares igualmente universales de protección a la vigencia del sistema, las estrategias concretas de lucha deben estar siempre, desde la óptica de este texto, dirigidas a responder a las necesidades particulares de cada agrupación ciudadana.

Es así que, la comunidad internacional, conviniendo en la necesidad de combatir frontalmente la corrupción, optó por formular instrumentos normativos a través de los que sus suscriptores se obligaran a adaptar sus ordenamientos internos a mecanismos estandarizados de lucha. Es de esta voluntad cooperativa que surgen la Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC) de la OEA y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC). Sin embargo, aun cuando dicha cohesión comunitaria sea positiva, es notorio y público que la corrupción se mantiene vigente y latente en la sociedad latinoamericana, especialmente, la peruana. Esto nos hace reflexionar respecto a la efectividad de estos instrumentos, y si se encuentran debidamente formulados conforme a la específica realidad cultural que se manifiesta en la región y en nuestro país.

Expuesto lo anterior, esta investigación pretende, en primer lugar, describir la estrategia de lucha contra la corrupción normativamente impuesta por la comunidad internacional a través de los medios que señalamos; en segundo lugar, poner de manifiesto los criterios culturales que tendrían que ser utilizados para formular estrategias que respondan a necesidades puntuales y, finalmente, en tercer lugar, plantear un diagnóstico general respecto a la situación del Perú en virtud de dichos criterios, a efectos

de determinar preliminarmente si las estrategias estandarizadas que los tratados sugieren están construidas u orientadas conforme a los problemas de la sociedad peruana en particular. No pretende esta investigación dar alguna explicación exhaustiva sobre los motivos de este fenómeno en el país, pero sí esbozar un sucinto diagnóstico que de pie a futuras investigaciones sobre la materia.

II. Desarrollo

2.1. El concepto de corrupción

Waisberg (2023), citando a Kahn y a Mery, señala que

“La corrupción constituye un desvío de las reglas formales de conducta que gobiernan las acciones de alguien que se encuentra en una posición de autoridad pública por motivos relacionados a intereses privados como la riqueza, el poder o el estatus. Es una forma de intercambio social secreto a través del cual aquellos en el poder (posición política o administrativa) obtienen ventaja personal, de alguna forma u otra, a partir de la influencia que ejercen por virtud de su mandato o de su función” (p. 30)

Donna (2012), uno de los máximos representantes de la doctrina penal argentina, señala que la corrupción es

“(…) un acto de deslealtad con respecto al sistema normativo. En todo acto de corrupción, el autor parte de que el acto corrupto requiere, además del decisor, de una o más personas decisoras o no. Es así una infracción participativa en la que una de las partes intenta influenciar el comportamiento de la otra a través de promesas, amenazas o prestaciones prohibidas por el sistema normativo” (p. 25).

Como posición institucional, la Defensoría del Pueblo del Perú señala que este fenómeno supone “el incumplimiento de los principios del buen gobierno, así como de los preceptos éticos presentes en la sociedad. Los actos de corrupción tienen el propósito de obtener ventajas o beneficios indebidos para quien actúa o para terceros, en perjuicio del bienestar general” (2017, p. 5). En ese mismo sentido, la doctrina nacional, refiriéndose a la corrupción pública en mayor medida, la define como “la utilización de potestades públicas para el interés privado cuando éste difiere del general, al que toda actuación pública debe por mandato constitucional o legal” (Rojas, citando a Sabán, 2002, p. 439).

Todos los conceptos que la diversidad de autores ofrece parten de un criterio moral y ético que se ve incumplido por el agente. Éste, sin

embargo, no surge como un elemento de valoración abstracta, sino que se ve institucionalizado a través de la norma jurídica. El acto corrupto, no será solamente una trasgresión al sistema fundamental de valores con reproche moral, sino que se manifestará en el Estado de Derecho como una infracción a la vigencia de la norma que prevé un estándar de conducta como imperativo categórico. Dicha determinación general de la voluntad surge como producto de la primacía de los valores colectivos por sobre los individuales que, insistimos, se normativiza. De ahí que Hegel señale que “la libertad política sólo se realiza cuando los ciudadanos hacen de los intereses de la comunidad política a la que pertenecen la medida preferente de su voluntad, en lugar de tomar en consideración sus intereses particulares” (Pawlik, 2010, p. 55). El núcleo práctico de este concepto se encuentra en la idea de bienestar general, y no particular, del individuo.

La corrupción es, por tanto, una negación de la racionalidad del ser, cuyas consecuencias jurídicas surgen de la institucionalización del deber de cooperación al mantenimiento de un Estado de libertades. En la medida en que el hombre manifiesta su libertad mediante la asociación voluntaria a través del Estado, las acciones individuales deben procurar coadyuvar a sus fines como colectividad. Aquella que, por el contrario, prime el egoísmo mediante las actuaciones de favorecimiento particular, estará negando su naturaleza asociativa y, por tanto, su propia libertad. De ahí que el mandato normativo consecuencial sea la restricción de este mismo valor -la libertad- ante la propia deslealtad a sus semejantes, que supondría, a su vez, deslealtad a sí mismo.

2.2. Estándares internacionales de lucha contra la corrupción aplicados en la región

Aun cuando se reconozca la relevancia de este fenómeno, la lucha frontal de la comunidad internacional contra él no tiene larga data. Los primeros instrumentos de este carácter abordando el tema nacen a finales del siglo XX, por lo que el esquema normativo esencial aún se encuentra en consolidación. La región americana se rige normativamente por dos tratados, que son los que abordan específicamente este fenómeno y que marcan el estándar para la operativización de su combate²: **(i)** La Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC) y, **(ii)** La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC). El Perú, por supuesto, no es ajeno a ambos.

• Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC)

Los estados miembros de la Organización de los Estados Americanos (OEA), fueron los primeros en adoptar un instrumento jurídico de alcance regional sobre la materia. Fue suscrito en Caracas – Venezuela, el 29 de marzo de 1996, aprobada por el Perú mediante la Resolución Legislativa N.º

26757, del 05 de marzo de 1997 y ratificado mediante Decreto Supremo N.º 012-97-RE, del 21 de marzo de 1997.

El preámbulo del tratado es ilustrativo en cuanto al espíritu que pretende promover. No solo señala descriptivamente que este es un mal endémico que inhibe el desarrollo y trastoca la escala moral de los pueblos, sino que también pone de manifiesto que este se constituye en la actualidad como un instrumento propio de las organizaciones criminales. Es bajo dicho entendimiento que los Estados concordaron en establecer, esencialmente, relaciones internacionales de asistencia y cooperación que colaboren al planteamiento y ejecución de soluciones frontales contra la corrupción.

El artículo II de este instrumento tiene especial relevancia porque establece los objetivos de la Convención en dos numerales. El numeral primero está dirigido a procurar que los Estados suscriptores desarrollen mecanismos normativos en sus legislaciones internas que permitan la persecución de actos corruptos. No se formula *prima facie* la forma específica en que el ejercicio del poder de coerción deba expresarse; sin embargo, del posterior desarrollo de la convención se entiende que es el Derecho penal el mecanismo por el que se sugiere el control de este fenómeno, sea a través de su manifestación sustantiva y/o adjetiva. Es decir, con el primer objetivo se exhorta a los países suscriptores a desarrollar estos mecanismos para cumplir con prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción. El numeral segundo, por otro lado, es una expresión del principio de cooperación, a través del que se pretende la aplicación de mecanismos de entre ayuda internacional que permitan la eficacia de los mecanismos normativos aplicados, a efectos del cumplimiento de los fines antes destacados.

Atendiendo a esto, en el artículo III del instrumento, se plantean las obligaciones que todos los Estados parte deben asumir, en respeto irrestricto al *pacta sunt servanda*. Dichas constricciones se refieren a cinco rubros específicos: **(i)** Tipificación de delitos, **(ii)** prevención, **(iii)** jurisdicción y competencia de tribunales internos, **(iv)** cooperación internacional y **(v)** vigilancia de la aplicación de las normas del tratado” (Rojas, 2019, p. 179).

- **Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC)**

Esta convención tiene su origen en el Décimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, llevado a cabo del 10 al 17 de abril del 2000. Tal como se obtiene de su informe, la Asamblea General de las N.U dispuso en su programa la celebración de cuatro cursos prácticos de carácter técnico, entre los que se eligió a la *lucha contra la corrupción* como tema a tratar. Utilizando un enfoque

multidisciplinario, conforme lo señala dicho documento, los participantes plantearon la necesidad de planificar estrategias de contención para combatir la corrupción. A partir de ello, es que en el párrafo 160 del informe se señaló:

“160. Los participantes en el curso práctico subrayaron la posible utilidad de redactar un instrumento internacional contra la corrupción. Se convino en que dicho instrumento sólo se aplicará fructíferamente si los gobiernos estaban dispuestos a proporcionarle tanto apoyo político como los recursos financieros necesarios”.

Siguiendo dicho derrotero, la Asamblea General aprobó la resolución 55/25 el 15 de noviembre del 2000, por la cual se instituía la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, conocida también como la Convención de Palermo, y sus protocolos. Se abordó aquí los principales medios por los que la delincuencia transnacional se manifestaba, reconociendo a la corrupción como uno de ellos. No se aproxima a este fenómeno individualmente, pero del instrumento se consolida la concepción de la comunidad internacional de que el Derecho Penal es la herramienta de control más idónea. Precisamente, en su artículo 8 se impone la obligación, para todos los estados suscriptores, de tipificación de diversas conductas corruptas. Es, posteriormente, en el artículo 9, que se adiciona a dichas medidas represivas de carácter penal la adopción de medios alternos que contribuyan a prevenir, detectar y castigar la corrupción.

Será posterior a ello que, bajo el entendimiento de la necesidad de un instrumento jurídico internacional independiente que aborde específicamente a la corrupción, la Asamblea General suscribió la resolución 55/61 del 22 de enero de 2001, a través de la que se acordó formularlo. Es así que, el 31 de octubre de 2003, este mismo órgano suscribió la resolución 58/4, por la cual se aprueba la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, en la ciudad capital de Mérida, del Estado de Yucatán, en México. Entró en vigor el 14 de diciembre de 2005, tras haber conseguido la ratificación de treinta países, tal como se consigna en el numeral 1 del artículo 68 de dicho instrumento.

El espíritu del documento se plasma con nitidez en el preámbulo. Claramente, en esta sección se parte por reiterar el carácter pernicioso de la corrupción como fenómeno social en la región. Se hace, además, énfasis en éste como herramienta coadyuvante a la criminalidad organizada y al blanqueo de capitales, poniendo de manifiesto, al igual que el Convenio de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, que éste ya no resultaba un problema estrictamente local, sino regional y mundial. Es, en virtud de ello, que se plantea la necesidad de aplicar medidas

legislativas y de otras índoles, a partir de un enfoque multidisciplinario, que permitiere combatirla. En el Perú, este instrumento se aprobó mediante la Resolución Legislativa N.º 28357, del 06 de octubre de 2004.

La prevención y el combate de las actuaciones corruptas son su núcleo, poniendo especial relevancia, además, en la represión del lavado de activos basado en un efectivo sistema de entreatyuda internacional entre pares. Para el cumplimiento de dichos fines, la Convención plantea que los Estados parte, a través de la adecuación de su ordenamiento jurídico interno y en los términos que sanciona este documento, cumplan con formular medidas preventivas anticorrupción, tipifiquen los delitos previstos en ella, se procure la eficacia procesal para el combate idóneo, se estructuren fórmulas de cooperación internacional que faciliten dicha labor y, finalmente, se establezcan las estrategias sustantivas y adjetivas para la recuperación de activos.

- **El problema para Waisberg³: La cultura**

Los tratados representan la concreción de voluntades concordantes entre sujetos de Derecho Internacional con el mismo interés. Es aquel instrumento que contendrá los acuerdos a los que consentidamente las partes se someten y obligan a cumplir para un objetivo común. Es la defensa de intereses colectivos lo que nuclearmente ha procurado el desarrollo del hombre, de los Estados y ha promovido la consolidación de la comunidad internacional, como fenómeno jurídico-social. Como es evidente, en la medida que la humanidad avanza, nuevas necesidades surgen, por tanto, nuevos objetivos se plantean y, consecuentemente, nuevas estrategias deben ser asumidas. Precisamente, hacia el siglo anterior, Reuter (1982) señalaba lo siguiente:

“Como hemos visto ya, la Comunidad Internacional, aunque basada en Estados soberanos, tiene intereses comunes. (...) Estos intereses se han multiplicado desde hace poco más de un siglo; frente a las grandes epidemias, la salud pública ha pasado a ser objeto de un interés común a partir de la mitad del siglo XIX. Hoy día el problema se ha ensanchado y dispone de una terminología nueva: la lucha contra la contaminación, la defensa del medio ambiente, etc.” (p. 24)

Es en ese contexto de cambio que la corrupción, aun frente a su histórica presencia en la sociedad, se convierte en objeto de preocupación por los Estados y se inicia con la formulación de estrategias para su combate en la región hacia finales del siglo XX. Así, surgen ambas convenciones como marco normativo central para enfrentar el fenómeno en América Latina. Lo problemático de ellas, aun cuando respondan a la voluntad y

al consentimiento de las partes, es que son “recetas estandarizadas que deben ser implementadas del mismo modo en todas las regiones y países” (Waisberg, 2023, p. 111). Plantean, por tanto, reglas o mecanismos generales que tienen que ser aplicados al interior de cada país compulsoriamente, bajo sanción de responsabilización internacional. Dicha generalización, sin embargo, puede servir de pauta, pero no será efectiva si no se atiende a las peculiaridades del lugar de implementación. Ello es lo que sucede en Latinoamérica.

Si bien el CICC es el primer instrumento propio del derecho internacional sobre la materia, éste, en realidad, toma sus bases estructurales de la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero – *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) de los Estados Unidos. Es decir, los países miembros de la OEA optaron por asumir una estrategia de lucha a partir de la experiencia americana y su aplicación en un contexto con prácticas sociales distintas. El preponderante enfoque legalista que dicho instrumento local utilizaba ha demostrado no ser necesariamente el idóneo para la idiosincrasia latinoamericana.

Los costos de transacción para romper esquemas corruptos se elevan por múltiples factores culturales. Sin embargo, Geert Hofstede⁴, psicólogo social neerlandés, propone seis dimensiones, de las que solo abordaremos cinco, para explicar los motivos por lo que ello ocurre así: **(i)** La distancia jerárquica, **(ii)** El individualismo-colectivismo, **(iii)** La evitación de la incertidumbre, **(iv)** Masculinidad-femineidad y, **(v)** La orientación de largo plazo-corto plazo.

La distancia jerárquica o *power distance* surge en sociedades cuyos ciudadanos se subordinan voluntaria y conscientemente a sus autoridades. Son ellos quienes asumen un rol subalterno frente a los funcionarios que, por supuesto, controlan discrecionalmente el quehacer político y social. Esto genera una distribución inequitativa del poder y, por tanto, la existencia de elites a las que solo se puede acceder procurando un nexo con quienes lo detentan. De ahí que a mayor *power distance*, mayor probabilidad de corrupción existirá, tal como ocurre en la región. El *individualismo-colectivismo* determina, de otro lado, la manera en que los ciudadanos se vinculan entre sí en la sociedad. Mientras que el individualismo propugna desinterés por el bienestar ajeno, el colectivismo representa la estrechez entre miembros de la comunidad, quienes procuran la satisfacción de intereses dentro de sus círculos de influencia específicos. Es así que, la ética y moral se construyen conforme a las relaciones interpersonales en determinado espacio social.

La evitación de la incertidumbre o *uncertainty avoidance* supone, por otra parte, el deseo de los ciudadanos por vivir en estructuras sociales bien establecidas que permitan proyectar sus actividades con certeza. Es decir,

es un factor que determina la preferencia ciudadana por condiciones de vida con mayor predictibilidad a partir de procedimientos y reglamentación rígida que asegure su supervivencia. Aunque esto podría entenderse como algo positivo, es precisamente este escenario el que promueve el acceso a vías informales para consolidar intereses individuales. Se regula estrictamente la vida para brindar bienestar emocional, pero sus propios usuarios no optan por la legalidad, por serles altamente costosa.

El criterio de masculinidad-feminidad (*masculinity-feminity*) pone de manifiesto que los roles de género asumidos en la sociedad también tienen alto impacto entre la comunidad. Desde las ciencias sociales, la masculinidad está relacionada a la ambición, la prosperidad, al avance, a la riqueza, entre otros elementos relacionados al crecimiento en distintos ámbitos. Por el contrario, la feminidad está íntimamente ligada al servicio a los demás y a escenarios más amistosos. Aunque, al igual que el criterio antecedente, la masculinidad pudiera interpretarse como un buen elemento, aun cuando pudiera ser así en ocasiones, lo cierto es que ello supone mayoritariamente tierra fértil para la insanidad y la asunción de conductas temerarias, a diferencia de aquellos de alta feminidad.

El criterio de orientación a corto o largo plazo es uno de carácter temporal pero de valor cualitativo. La capacidad de un grupo social de asumir proyecciones más o menos tardadas, sea cual sea el ámbito, define en gran medida las estrategias de mayor o menor idoneidad para cumplir con ellas. La orientación a largo plazo se vincula al esfuerzo perseverante y disciplinado en el tiempo, mientras que la orientación a corto plazo está definida por la seguridad como consecuencia de la estabilidad propia del *status quo*. Esta última implica encontrar mayor renuencia a las externalidades que remuevan la tradición y el *establishment*. Distinta es la primera, de mayor dinamismo e innovación.

Atendiendo a la realidad social de nuestra región a partir de dichos conceptos, y conjugándolo con la señalada estandarización de lineamientos de lucha anticorrupción con la que se inició este apartado, Waisberg (2023), citando a Husted, señala:

“(…) instrumentos internacionales como la CICC, la Convención OCDE y la CNUCC no son exitosos en América Latina debido al entorno cultural. Se considera que estos instrumentos sólo son parcialmente eficaces porque se basan en enfoques punitivos para combatir la corrupción. Esta estrategia centrada en incentivos, es adecuada para países con un alto individualismo, igualitarismo y conducta flexible. Por el contrario, Latinoamérica es predominantemente colectivista, tiene alto *power distance* y

alta evitación de incertidumbre. Por lo tanto, es poco probable que esos instrumentos jurídicos sean eficaces en la región” (p. 112).

Si es ese el diagnóstico de las ciencias sociales y jurídicas sobre este fenómeno en la región, por tanto, no es razonable aplicar un sistema de reglamentación con enfoque legalista que nace en un escenario de pensamiento y prácticas sustancialmente distintas. Es decir, estamos frente a un marco normativo internacional que indefectiblemente los países de la región tienen que cumplir, pero que no se adecúa a su realidad cultural.

El combate contra la corrupción a través del Derecho Penal como mecanismo de control social será una estrategia eficaz siempre que estemos ante ciudadanos con un comportamiento racional en el que el que la pena sea valorada conforme a un costo de transacción mayor que el individuo no esté dispuesto a asumir. Solo bajo dicho concepto es que un ciudadano puede verse realmente disuadido a participar de un comportamiento corrupto. Esto ocurre, principalmente, en países individualistas, en la medida en que éstos otorgan mayor peso a la vergüenza que supondría un castigo por una conducta corrupta, a diferencia de las sociedades colectivistas. Es por ello que, en sociedades de alto grado de colectivismo, el control social debería estar orientado al fortalecimiento de la equidad dentro de las culturas organizacionales donde sus propios miembros tengan una identidad consolidada de combate a la corrupción y de reafirmación de los valores institucionales que cada uno representa.

Waisberg (2023) resume claramente esta idea:

“El etnocentrismo de los instrumentos internacionales que contienen medidas anticorrupción estandarizadas compromete su efectividad. Legislar es un acto soberano por excelencia. Es el producto, no solo de un proceso legislativo formal, sino también un resultado natural de la cultura, los valores, las costumbres, los factores axiológicos, la estructura social, la historia y la tradición. Por lo tanto, no es probable que la legislación, producto de la presión internacional enderezada a alcanzar cierto *derecho de vanguardia*, genere un impacto positivo en países donde los rasgos culturales impiden una aplicación efectiva de las reformas exigidas” (p. 126).

La heterogeneidad de nuestra región no permite la aplicación de mecanismos fríamente parametrados que surgen de estrategias aplicadas en escenarios estadísticamente más homogéneos, como en países de occidente. No es posible establecer seriamente una lucha frontal contra la corrupción si no se atiende al criterio nuclear para su combate: La cultura. La sustracción de este factor como delimitante concreto de los mecanismos de aplicación de

estrategias en cada sociedad en particular, es el error fundamental porque el que la lucha en América Latina no ha resultado realmente exitosa. Esto pone en evidencia la auténtica necesidad de conocer las complejidades que la política, la cultura y la historia realmente suponen, y la de no aplicar un criterio reduccionista que refleje un solo derrotero, aun dentro de una misma región como la nuestra (Waisberg, citando a Brown y Clocke, 2023, p. 116).

Precisamente, las políticas anticorrupción en América Latina han fracasado de forma generalizada por un problema de acción colectiva, situación que es de eminente carácter cultural. La protección de las instituciones supone costos de transacción más elevados para los ciudadanos latinoamericanos que los incentiva a sustraerse de la legalidad. Esto, como es evidente, preserva el estado de cosas corrupto. Aun cuando exista conciencia generalizada desaprobatoria de la corrupción, no son mayoritarios los agentes que colaboran coadyuvando al quebrantamiento de tal sistema. En buena cuenta, mantener el *status quo* es menos costoso para los ciudadanos que hacer lo contrario, en tanto los beneficios obtenidos a corto plazo son todavía mayores para quienes buscan soluciones inmediatas en un sociedad altamente competitiva.

2.3. El caso peruano

El Perú ha cumplido en gran medida con las obligaciones internacionales que han sido sancionadas. Nuestro país ha adecuado de manera especial su legislación interna conforme a las exigencias de política criminal que la comunidad internacional impuso mediante estos mecanismos. Todas las acciones de las que se deja constancia en el Informe Hemisférico de la Quinta Ronda de Análisis del Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción (MESICIC) de la OEA denotarían una lucha, cuando menos, esforzada contra este fenómeno. La cuestión es, sin embargo, verificar si la estrategia impuesta por estos resulta idónea para nuestra realidad. Para ello, nos valdremos de dos herramientas estadísticas que nos permitirán formular un diagnóstico preliminar sobre la situación cultural de nuestro país en materia de corrupción: La XII Encuesta Nacional sobre percepciones de la corrupción en el Perú 2022, y la plataforma *Clearly Cultural* de Geert Hofstede.

De acuerdo al primer instrumento, el 57% de los peruanos considera a la corrupción como uno de los tres principales problemas que aqueja al país en la actualidad. Esta es una cifra similar a la obtenida en el Informe de Percepción Ciudadana sobre Gobernabilidad, Democracia y Confianza en las Instituciones (octubre 2022 a marzo 2023) del INEI, de un 54.1%. No solo eso, sino que el 81% considera que la corrupción ha incrementado en los últimos 5 años, y el 53% considera que ésta aumentará durante el siguiente quinquenio. Es en esa línea que se determinó que 9 de cada 10 ciudadanos

considera que este fenómeno los perjudica en su vida cotidiana, es decir, el 86% de la población. Esto, en principio, pondría de relieve que la corrupción es percibida por los peruanos como una conducta negativa. Si ello es así, lo lógico sería entender que la conducta mayoritaria de la población tendría que estar dirigida esencial y genuinamente a asumir conductas de actual, y no solo potencial, impedimento de actos corruptos, lo que haría más sencillo el combate contra este fenómeno. Sin embargo, la encuesta arroja datos adicionales que evidencian una situación más compleja y, sobre todo, contradictoria.

El 68% de los peruanos tolera la corrupción. Sea en alto o mediano grado, pero la soporta. Como señalamos, reconocer formalmente a la corrupción como un problema basal haría pronosticar racionalmente que la tolerancia a este fenómeno sería nula en equivalente medida o, cuando menos, cercana a ella. Mientras que los peruanos expresan un esquema de valores tendiente al rechazo de actuaciones corruptas, al mismo tiempo exteriorizan conductas permisivas manifiestamente contradictorias. Lo problemático, por tanto, no son los valores, sino las conductas que los contradicen. Este es un criterio de especial relevancia porque permite ver que las actuaciones del ciudadano peruano no se corresponden necesariamente con sus creencias. En tal sentido, en la medida en que no estemos frente a personas consecuentes, no sería racional formular políticas cuya eficacia presuponga un esquema cultural compuesto por personas que sí lo sean. Esta demuestra tangiblemente la distancia social que se tiene con occidente y, por tanto, la incongruencia al procurar aplicar estandarizadamente medidas gestadas en núcleos culturales distintos.

Esta idea se refuerza con los datos respecto a los niveles de autopercepción que tiene la población en materia de corrupción. De acuerdo a la encuesta, 4 de cada 5 ciudadanos entrevistados considera que la integridad de peruanos son corruptos, 7 de cada 10 señala lo propio respecto a las personas de su ciudad y solo 2 de cada 5 afirma que su barrio está inmerso en este fenómeno. Por el contrario, 3 de cada 5 peruanos considera que sus familiares y amigos no son corruptos y, finalmente, 4 de 5 niega ser corrupto en lo absoluto, lo que representa al 6% de la población.

Es clara la tendencia a que las cifras disminuyan conforme a la opinión vertida se refiera al opinante o a su círculo cercano de influencia. Este último dato es especialmente demostrativo porque pone de manifiesto el incontrovertido carácter colectivista de la sociedad peruana. Ello coincide plenamente con el resultado ofrecido por la estadística de Geert Hofstede, que establece un puntaje de 16/120⁵, demostrando un gran alejamiento del individualismo y, más bien, confirmando una fuerte concepción colectivista en nuestro país. Entonces, es menos probable que dispositivos internacionales gestados a partir de mecanismos legales impersonales

sean eficientes en sociedades colectivistas en las que la ley será aplicada desigualmente para beneficiar a determinados grupos y desacreditar a otros. Esto, como es evidente, socavaría la justicia como valor fundamental del derecho, debilitaría su vigencia y, por supuesto, generaría una legítima desconfianza ciudadana.

Estas cifras pueden interpretarse conjuntamente con aquellas del criterio de *power distance*. La segunda herramienta, precisamente, arroja un nivel de 64/120 en esta categoría para el Perú, lo que significa que en él se configura una considerable dependencia de subordinados a los superiores. Así, los miembros poderosos harán que sus círculos de influencia procuren obtener mayor preponderancia a través del incremento de su poder en distintos ámbitos. Es ahí que la corrupción se presenta como un medio para la consecución de beneficios particulares para grupos de poder, haciendo que éste fenómeno se acrecente en ciertos grupos y, del mismo modo, busque el cumplimiento de objetivos colectivos particulares y no integrales. Aun cuando el Perú no exhiba una de las distancias jerárquicas más altas de la región, lo cierto es que se encuentra muy por encima de aquellas “naciones caracterizadas por registrar bajos niveles de corrupción según el TICPI” (Waisberg, 2023, p. 92). Esto se manifiesta especialmente en lo económico, en tanto la corrupción conlleva a que, a partir de una redistribución inequitativa, la riqueza se reasigne favorablemente al poder monopólico compuesto por los sectores de mayor capacidad adquisitiva, perjudicando inevitablemente a los menos favorecidos (Montoya, 2007, p. 04)

De otro lado, la encuesta precisa que 5 de cada 10 peruanos son propensos a la corrupción, siendo el 15%, alta, y el 31%, media. Lo interesante de estas cifras viene al disgregarlas por categorías, siendo el sexo la que específicamente resulta relevante. Del 15% de alta propensión a la corrupción, es mayor el porcentaje de varones que de mujeres⁶. Por el contrario, del 54% de ciudadanos restantes de la escala baja, se tiene preponderancia femenina por sobre la masculina⁷. Estos datos se condicen, del mismo modo, con los datos de *Clearly Cultural* que ubica el Perú en una escala de 42/120 de cercanía a prácticas con características propiamente masculinas. Precisamente, Waisberg (2023), citando a Getz y Volkema, señala que “en estas culturas, los individuos son proclives a sentirse cómodos persiguiendo sus objetivos a través de prácticas corruptas, dado que conciben la probabilidad de éxito como alta” (p. 105).

En cuanto al criterio de evitación de la incertidumbre, Geert Hofstede nos señala en su estadística que nuestro país posee un puntaje de 87/120, posicionándose entre los primeros y más cercanos a la puntuación máxima a nivel global y regional. Eso demuestra que los peruanos tienen una tolerancia baja a situaciones de ambigüedad y prefieren, al menos formalmente, esquemas normativos que reduzcan los niveles de discrecionalidad. Si

bien esto, como señalamos en la sección anterior, podría aparentar ser un patrón de corrección, es precisamente la rigidez que subjetivamente se solicita la que, finalmente, sirve de principal incentivo para acudir a métodos extralegales que aminore costos de transacción. Esto genera una perpetuación de la corrupción y, en buena cuenta, hace que el acceso a dichos medios informales se convierta en el *status quo*.

De las cifras que ambos instrumentos nos ofrecen queda claro que nuestro país requiere la aplicación de estrategias anticorrupción que respondan a la realidad cultural particular que tenemos. En tal sentido, si se imponen obligaciones internacionales que han sido construidas en virtud de criterios etnocéntricos que no responden a la específica necesidad de un territorio con características disímiles, claramente estaremos aplicando estrategias, de plano, ineficaces. Ambas estadísticas permiten identificar que el Perú, como la mayor parte de países de la región, ha forjado su idiosincrasia históricamente a partir de altos grados de colectivismo, machismo, evitación de incertidumbre y distancia jerárquica. Esto claramente denota un escenario particular que genera, consecuentemente, necesidades de la misma naturaleza. Frente a ellas, lo que se requiere son instrumentos que respondan a ellas, y no a escenarios esencialmente distintos, como el occidental.

III. Conclusiones

La corrupción no es simplemente deslealtad a la norma. Este fenómeno implica, de forma más abstracta, una negación intrínseca del ser. En la medida en que el hombre se asocia a través del contrato social, y ejercita su libertad en virtud de dicho contexto, realizar acciones que contravengan la finalidad colectiva y superpongan el interés individual supondrá la infracción del deber de cooperación que todo ciudadano tiene por mantener el Estado de Libertades en el que sus miembros conviven. Este trastocamiento impone la exigencia detrimental a la corporación estatal de luchar contra un mal cuyo origen es eminentemente cultural. Es así que la acción egoísta, que en el marco de la convivencia racional se ejercite, reclama posteriormente al Estado la activación de toda su corporación para combatirla, lo cual, por supuesto, eleva los costos de transacción en la administración pública.

Si entendemos que la cultura es el factor coadyuvante central de este fenómeno, por tanto, toda estrategia para su combate tendría que formularse respondiendo a los caracteres que de ella se deriven. Comprendiendo, además, que este aspecto se expresa distinto en cada país del mundo, las actuaciones corruptas que resulten de ella tendrían que ser contrarrestadas con mecanismos específicamente diseñados para los particulares problemas que se produjesen. Esto quiere decir con meridiana claridad que no resulta eficiente formular dispositivos generales para contextos especialmente determinados y, mucho menos, que respondan a escenarios culturales

sustancialmente distintos. Siendo así, considerando que la CICC y la CNUCC plantean estrategias cuyo basamento práctico e histórico definen al combate de la corrupción en contextos sociales distintos al latino, por ende, dichos instrumentos no resultarían los más idóneos para una eficaz lucha.

Este ensayo no pretende dar soluciones concretas, sino un diagnóstico realista respecto a la situación de la lucha contra la corrupción en el Perú y, si se quiere, por las realidades tan similares, en la región. Evidentemente, las estrategias serán adecuadas en mayor o menor dosis de acuerdo a los datos específicos que en cada uno de los criterios desarrollados en este ensayo arroje cada país. Por lo demás, es claro para nosotros que no resulta eficiente aplicar medidas normativas fundadas en realidades distintas a las latinoamericanas. De ahí que las obligaciones internacionales impuestas a través del CICC y el CNUCC, aunque ciertamente aporten, no responden a las características individuales de nuestro país. Hace falta, por tanto, que se formule un diagnóstico formal a nivel institucional que procure aportar datos desde los criterios apuntados. Una vez obtenidos estos, podrá el país, aún bajo la consigna de las obligaciones internacionales ya impuestas, formular estrategias particularmente adecuadas a nuestra realidad. Ello, sin perjuicio de que se pueda, incluso, suscribir instrumentos internacionales en los que, precisamente, se atiende a la necesidad de nuestra región, y no a ajenas.

Referencias bibliográficas

- Adjuntía Anticorrupción (2017). Reporte; La corrupción en el Perú. Defensoría del Pueblo.
- Convención Interamericana contra la Corrupción. 29 de marzo de 1996
- Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. 31 de octubre de 2003
- Donna, A. (2018). Derecho Penal Parte Especial Tomo III. Rubinzal Culzoni Editores.
- Hofstede, G. Clearly Cultural, making sense of cross-cultural communication. <http://www.clearlycultural.com>
- Instituto Nacional de Estadística e Informática - INEI (2023). Informe Técnico N.º 2 de Percepción Ciudadana sobre Gobernabilidad, Democracia y Confianza en las Instituciones, semestre móvil octubre 2022 - marzo 2023.
- Reuter, P. (1982). Derecho Internacional Público. Bosch.
- Rojas, V. (2019). Los tratados internacionales sobre corrupción. UNAM.
- Rojas, F. (2002). Delitos contra la Administración Pública. Grijley.
- Montoya, Y. (2007). Sobre la corrupción en el Perú, algunas notas sobre sus características, causas, consecuencias y estrategias para enfrentarla. CEP.
- Naciones Unidas (2000). Informe del Décimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente. 19 de julio del 2000.
- Pawlik, M. (2010). La Libertad institucionalizada; estudios de Filosofía jurídica y Derecho Penal. Marcial Pons.
- Proética (2002). XII Encuesta Nacional sobre percepciones de la corrupción en el Perú 2022.

Waisberg, G. (2023). Derecho Internacional y lucha contra la corrupción; obstáculos culturales y técnicos vinculados a la aplicación de los estándares internacionales anticorrupción; el caso argentino. Rubinzal Culzoni Editores.

Notas al final

¹ Señala Waisberg (2023), que "la corrupción es reprochada por el budismo, el cristianismo, el confucianismo, el hinduismo, el islamismo, el judaísmo y el taoísmo"; en. Derecho Internacional y lucha contra la Corrupción. Rubinzal Culzoni Editores, p. 18.

² La Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, adoptada el 21 de noviembre de 1997, aprobada por Resolución Legislativa N.° 30769, del 16 de mayo de 2018, y ratificada mediante Decreto Supremo N.° 011-2018-RE del 18 de mayo de 2018 también es un instrumento importante, pero se dirige a la represión de conductas específicas de cohecho bajo un escenario particular. Cabe resaltar también que, conforme señalaremos más adelante en el texto, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción se deriva, entre otros, de los trabajos de la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia Organizada Transnacional y sus protocolos.

³ Abogado y profesor de la Universidad de Buenos Aires. Maestro en Derecho Penal del Mercosur, secretario de la Cámara Nacional de Casación en los Criminal y Correccional de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

⁴ Utilizada como núcleo en el trabajo de Guido Waisberg, sobre el que se basa nuestro ensayo.

⁵ Mientras mayor puntaje, más cercanía al individualismo.

⁶ 21% varones y 10% mujeres.

⁷ 47% varones y 60% mujeres.

INVESTIGACIONES NACIONALES

La sucesión en el proceso civil: problemática y perspectivas

Succession in civil proceedings: problems and perspectives

Rosa Karina Salas Pachas

Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, Perú

<https://orcid.org/0009-0004-6342-5919>

rosa.salasp@unmsm.edu.pe

Presentado: 05/11/2023 - Aceptado: 23/12/2023 - Publicación: 30/12/2023

Resumen

La sucesión procesal se revela como un componente esencial para la preservación del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y la eficiencia en la utilización de los recursos judiciales, aspectos fundamentales para la integridad del sistema legal. Además de los motivos de naturaleza jurídica, la sucesión procesal se fundamenta en razones económicas, puesto que a través de ella se impide un considerable desperdicio de actividad procesal, ya que, tanto en el caso de la transmisión inter vivos como mortis causa, la sucesión permite al nuevo titular de los derechos sobre la cosa litigiosa, aprovechar en su favor la actividad desarrollada por su causante para la efectividad o defensa de su derecho legítimo ahorrándole el tener que iniciar una instancia procesal ulterior.

La presente investigación tiene como finalidad demostrar la necesidad de una modificación del artículo 108° del CPC, a fin de generar seguridad jurídica y preservar las garantías del debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva, ya que, ante la falta de una regulación sobre la falta de apersonamiento voluntario del tercero adquirente del derecho discutido, los jueces se han visto en la necesidad de realizar interpretaciones, o lo que es peor, no realizarlas, limitándose a rechazar el pedido de la parte afectada por no estar prevista dicha situación en los supuestos del artículo 108° del Código Procesal Civil.

Palabras clave: Sucesión, Proceso, Derechos, Sucesión Procesal, Legislación.

Abstract

Procedural succession is an essential component for the preservation of the right to effective judicial protection and efficiency in the use of judicial resources, fundamental aspects for the integrity of the legal system. In addition to reasons of a legal nature, procedural succession is based on economic reasons, since it prevents a considerable waste of procedural activity, since, both in the case of inter vivos and mortis causa transmission, succession allows the new holder of the rights over the litigious matter to take advantage of the activity developed by the deceased for the effectiveness or defense of his legitimate right, saving him from having to initiate a subsequent procedural instance.

The purpose of this research is to demonstrate the need for an amendment of article 108° of the CPC, in order to generate legal certainty and preserve the guarantees of due process and effective jurisdictional protection that must exist in any process, since, in the absence of a regulation on the lack of voluntary appearance of the third party acquiring the disputed right, judges have been forced to make interpretations, or worse, not to make them, simply rejecting the request of the affected party because such situation is not foreseen in the assumptions of article 108° of the Code of Civil Procedure.

Keywords: Succession, Process, Rights, Procedural Succession, Legislation.

I. Introducción

En el intrincado escenario del sistema judicial latinoamericano, la sucesión procesal civil emerge como un fenómeno jurídico de ineludible relevancia, especialmente al dirigir nuestra atención hacia la legislación peruana como paradigma de estudio. Este análisis jurídico comparado se sumerge meticulosamente en la complejidad de la sucesión procesal, evaluando su alcance, limitaciones y potencialidades dentro del marco legal peruano. Se realizó una investigación para abordar la problemática y poner de manifiesto la imperante necesidad de comprender la sucesión procesal en el contexto del sistema judicial, enfatizando la existencia de incertidumbres que desafían respuestas definitivas en la legislación y doctrina peruana. El propósito fundamental consiste en desentrañar los matices y complejidades inherentes a la sucesión procesal, delineando su impacto en el contexto legal peruano.

La carencia de directrices claras en la legislación y doctrina respecto a la sucesión procesal crea un terreno fértil para la reflexión y el análisis crítico. La sucesión, conceptualizada no solo como una institución del Derecho Procesal, sino como una entidad con raíces sustantivas, aborda situaciones que trascienden desde la sucesión por causa de muerte hasta las transferencias de derechos e intereses durante un proceso civil.

A través de la presente investigación, no solo se busca abordar la comprensión del tratamiento judicial de la sucesión procesal, sino que

se propone sistematizar el desarrollo doctrinario existente, comparar normativas iberoamericanas, identificar lagunas en la regulación nacional y formular recomendaciones para una normativa más efectiva. La contribución de la investigación resalta no solo en el entendimiento de la sucesión procesal, sino también en la promoción de la seguridad jurídica desde una perspectiva constitucional.

Guiados por un enfoque que explora aspectos cruciales, desde los sujetos del proceso hasta la transferencia de derechos, la muerte y la relevancia del derecho de acción, se subraya la necesidad de desarrollar aspectos no contemplados por la normativa actual. Se proponen posibles caminos para la evolución de este instituto legal, buscando enriquecer la doctrina mediante un examen exhaustivo de la sucesión procesal.

II. Aportes de la investigación doctrinaria en relación a la sucesión procesal

La sucesión procesal, como instituto jurídico, representa un fenómeno complejo que involucra cambios de titularidad en un proceso legal. Lo que se busca es mostrar los aportes de la investigación en la doctrina, teoría, legislación y jurisprudencia relacionados con la sucesión procesal, abordando sus aspectos más relevantes y críticos.

En el ámbito de la doctrina y teoría, la investigación contribuye significativamente al realizar un estudio exhaustivo del instituto y sus diversas causales, tanto en la normativa procesal como en las decisiones jurisprudenciales. Además, se destaca la relevancia de los aportes doctrinarios de eminentes tratadistas extranjeros y latinoamericanos, incluyendo nombres como Giuseppe Chiovenda, Eduardo Couture, y Hugo Alsina, entre otros. Esta amplia revisión proporciona una comprensión profunda de los componentes temáticos y conceptuales asociados a la sucesión procesal.

Según el jurista Salvador Zavala Toya (1994) : La sucesión procesal es un concepto que, a pesar de las controversias doctrinales en torno a los términos de sucesión y sustitución procesal, se ocupa de regular el desarrollo del proceso una vez que ha sido iniciado. De acuerdo con la perspectiva del autor, la sucesión procesal se define como la institución que aborda el trámite, los casos y los efectos derivados del cambio de una persona en la relación jurídica sustantiva, específicamente en el conflicto de intereses, una vez que ya se ha establecido la relación procesal.

En el marco del artículo 108° del Código, se identifican diversos supuestos de sucesión procesal que abarcan diferentes situaciones:

Por mortis causa: Este escenario se presenta cuando una de las partes involucradas en el proceso fallece. Conforme al artículo 660 del Código Civil, los bienes y derechos que conforman la herencia se transmiten a sus sucesores. Estos, a su vez, deben presentar el testamento correspondiente o la resolución emanada en el proceso no contencioso de sucesión intestada. En caso de no presentarse en el plazo establecido, se les designará un curador procesal de acuerdo con el inciso 4° del artículo 61° del Código.

Por extinción o fusión de una persona jurídica: En el caso de la extinción o fusión de una persona jurídica, se produce la sucesión de dicha entidad en la persona de aquellos que reciben los derechos o asumen las obligaciones relacionadas con el proceso. Tanto socios como acreedores pueden comparecer en calidad de sucesores.

Por acto entre vivos: Esta modalidad de sucesión se manifiesta cuando el bien objeto del proceso es transferido. Ejemplos de esto incluyen la cesión de derechos según el artículo 120 del Código Civil, donde el cesionario asume los derechos del cedente, y situaciones como la venta de un bien durante un proceso de desalojo.

La sucesión procesal por vencimiento del plazo del derecho discutido, conforme a la explicación de Juan Monroy Gálvez (1994), se configura cuando el derecho material, núcleo del conflicto entre las partes, parece extinguirse con el tiempo. En este contexto, quien adquiere o recupera dicho derecho puede continuar el proceso en sustitución del iniciador, asumiendo la titularidad sustantiva que ha concluido.

La sucesión procesal, más allá de situaciones específicas, es regulada por el artículo 47 del Código de Tipificación, y se distingue de la intervención de terceros al implicar la presencia de una persona distinta en el proceso tras la notificación de la demanda. Para Monroy, esta institución es la que regula el cambio de una persona en la relación jurídica sustantiva después de iniciado el proceso, asegurando la continuidad de la dinámica procesal alterada por cambios en los sujetos originales.

La legitimidad para obrar derivada o adquirida en la sucesión procesal busca proteger al justiciable ante la muerte o enajenación del derecho discutido, asegurando la continuidad del proceso. En el caso de la sucesión por causa de muerte, la extinción de la personalidad jurídica se acredita con el hallazgo del cadáver o la declaración judicial de muerte presunta, y la incorporación al proceso requiere demostrar la titularidad del derecho.

Otros casos de sucesión procesal, como la extinción o fusión de personas jurídicas, se rigen por el artículo 47, donde la legitimación persiste en la extinción, y en la fusión, algunas posiciones no reconocen sucesión sustancial. La transmisión de derechos por actos entre vivos, contemplada en

los incisos 2, 3 y 4, opera si una parte enajena el bien litigioso, y el adquirente sucede al enajenante, manteniéndose este último como litisconsorte en caso de oposición.

La sucesión procesal, según algunos estudios, aborda la enajenación del objeto litigioso, la cesión del derecho litigioso y la intervención impropia como terceros adhesivos simples. En resumen, la sucesión procesal garantiza la continuidad del proceso ante cambios en la titularidad del derecho, asegurando una transición ordenada y justa en la dinámica jurídica.

III. Sucesión procesal en el ámbito civil: un análisis pormenorizado de la legislación nacional y su contrastación con las normativas latinoamericanas

La sucesión procesal, como elemento nodal del entramado jurídico, representa una fase crítica en el sistema judicial al delinear la transición entre las partes involucradas en procesos legales, especialmente en casos que involucran el fallecimiento de alguna de las partes. Este artículo se sumerge en la intrincada red normativa de la legislación peruana, deteniéndose a examinar sus evoluciones y posteriormente cotejándola con las disposiciones en vigor en Argentina, Colombia, Uruguay y Paraguay. Este análisis revela la riqueza y complejidad de los enfoques jurídicos que rodean la sucesión procesal en la región.

En el ámbito de la legislación peruana, el Código de Procedimientos Civiles de 1912 establecía los cimientos para la sucesión procesal mortis causa en su artículo 55. Sin embargo, esta perspectiva se revela como limitada al centrarse predominantemente en el fallecimiento, sin contemplar situaciones excepcionales como la muerte presunta. La evolución normativa posterior introduce el Código Procesal Civil de 1993, marcando un cambio sustancial en la perspectiva legal. El artículo 108 de este código amplía significativamente el alcance, abordando no solo el fallecimiento, sino también la extinción de personas jurídicas y la adquisición de derechos por acto entre vivos. Este cambio confiere al sistema peruano una flexibilidad y adaptabilidad notables frente a las diversas complejidades que presenta la sucesión procesal.

Al extender la mirada hacia la legislación latinoamericana, emergen variaciones significativas que enriquecen la comprensión de la sucesión procesal. En Colombia, el Código de Procedimientos Civiles aborda esta cuestión en cuatro dimensiones: fallecimiento, declaración de ausencia, extinción de personas jurídicas y adquisición por acto entre vivos. Esta diversidad de escenarios concede a los sucesores una entrada expedita al proceso, evitando trámites sucesorios innecesarios y reflejando un enfoque pragmático.

En Argentina, a través de su Código Procesal Civil de 1981, la atención se centra primordialmente en el fallecimiento o incapacidad de una parte, dejando de lado otras eventualidades como la extinción de personas jurídicas. Esta omisión puede generar interpretaciones divergentes y presenta desafíos prácticos en la aplicación judicial.

Uruguay, por medio de su Código de Procedimiento Civil de 1989, destaca la continuidad del proceso incluso en casos de muerte o ausencia, permitiendo que la parte fallecida actúe mediante representante legal. Esta perspectiva refleja una consideración pragmática de la sucesión procesal, asegurando la continuidad del proceso sin obstáculos innecesarios.

En Paraguay, con su Código Procesal Civil de 2016, se distingue por establecer criterios detallados para la sucesión procesal. Este código incorpora el fallecimiento, la disolución de personas colectivas y la transferencia de derechos o bienes litigiosos. Este enfoque detallado proporciona una guía más completa para las diversas eventualidades, ofreciendo claridad y certeza en situaciones sucesorias.

Este análisis pormenorizado destaca la diversidad y complejidad de la sucesión procesal en el ámbito civil, subrayando la necesidad de considerar las particularidades de cada jurisdicción al abordar este aspecto crucial del sistema legal.

IV. La sucesión procesal en la ley de enjuiciamiento civil de España: análisis detallado y reflexiones comparativas

La Ley de Enjuiciamiento Civil de España, en su Artículo 16, aborda la sucesión procesal por motivo de fallecimiento, estableciendo un procedimiento específico para garantizar la continuidad del proceso en tales circunstancias. Este artículo destaca la facultad de los sucesores mortis causa para ocupar la posición procesal del causante, previa comunicación de la defunción al tribunal. En caso de no apersonarse el sucesor en un plazo determinado, se permite a las demás partes solicitar la notificación del proceso a los sucesores para que comparezcan.

El Artículo 17 se centra en la sucesión por transmisión del objeto litigioso durante el curso del juicio. En este contexto, el adquirente puede solicitar ser reconocido como parte en la posición del transmitente, siempre que la otra parte no se oponga en un plazo específico. Si hay oposición, el tribunal decidirá, considerando la conveniencia y evitando perjudicar notoriamente la defensa de la parte contraria.

Por último, el Artículo 18 trata la sucesión en casos de intervención provocada, específicamente relacionados con la regla 4.a del apartado 2 del Artículo 14. En este caso, se concede un plazo para que las demás

partes expresen sus argumentos antes de que el tribunal decida sobre la conveniencia de la sucesión.

Haciendo un comentario sobre estos artículos destaca que, según la jurisprudencia, la sucesión mortis causa es voluntaria, indicado por el uso del término “podrán”. Se subraya que la Ley no se refiere simplemente al fallecimiento del litigante, sino a la transmisión mortis causa del objeto litigioso. Además, se resalta la falta de un plazo legal para la suspensión del proceso después de la solicitud de sucesión, dejando la decisión a criterio del secretario judicial. También se menciona la posibilidad de notificar a los sucesores cuando no se apersonan al proceso por iniciativa propia.

En relación con la sucesión por transmisión inter vivos, se destaca la importancia de no privar a la parte contraria de sus derechos de defensa y reconvención. Si el tribunal no accede a la pretensión del adquirente, el transmitente continúa en el juicio, preservando las relaciones jurídicas privadas entre ambos.

Finalmente, se plantea una reflexión sobre el Artículo 18 y la posibilidad de llamar a un tercero en el proceso, cuestionando si se trata realmente de sucesión procesal o de un error en la identificación del demandado. Se sugiere que, desde la perspectiva de la legislación del comentarista, este caso no sería considerado como sucesión procesal, sino más bien como un cambio de personas en la posición del demandado.

V. Exploración doctrinaria: fundamentos y evolución de la sucesión procesal en el derecho

En el contexto del Derecho Procesal, el fenómeno de la sucesión procesal, dentro del eje temático de los sujetos del proceso, demandante y demandado, así como las garantías del debido proceso y la tutela judicial efectiva, se manifiesta en dos situaciones fundamentales: la transferencia inter vivos o mortis causa del bien o interés litigioso.

El primer supuesto se expresa en la transferencia del bien o interés litigioso; el demandante o demandado transfiere su pretensión o su resistencia, respectivamente, a otra persona que se coloca en el lugar de su transferente. Este supuesto puede producirse por tres mecanismos previstos en la norma procesal.

El segundo supuesto se genera al sobrevenir la muerte de cualquiera de las partes. En este caso, convergen tanto la sucesión material o sustantiva con la sucesión procesal. El apersonamiento de los sucesores al proceso presenta situaciones especiales que merecen mucha diligencia y criterio jurisdiccional para garantizar el adecuado concurso de los integrantes de la sucesión.

El apersonamiento de los sucesores en el proceso plantea situaciones especiales que requieren cuidado y criterio jurisdiccional, abordando aspectos como la legitimidad para reclamar el concurso del sucesor, la responsabilidad del transferente o sucesor en este proceso, y la posibilidad de comunicar al juez la transferencia y solicitar el apersonamiento del sucesor.

Desde una perspectiva constitucional, la sucesión procesal, vinculada al derecho a la tutela jurisdiccional y al debido proceso, no concluye el proceso salvo en casos de derechos personalísimos e indisponibles. El ordenamiento procesal civil contempla la prosecución del proceso a través de un curador procesal en casos específicos, planteando interrogantes sobre la exclusión de otros supuestos.

En el desarrollo del proceso, el cambio en la titularidad de los derechos subjetivos que conforman la litis, conocido como sucesión procesal, puede ser por muerte de una parte o por transferencia inter vivos, con tres causas específicas. La sucesión procesal evita que el único destino del proceso sea su archivo, opción no prevista en los ordenamientos procesales civiles.

En términos generales, la sucesión procesal implica la sustitución de un sujeto por otro en la titularidad de una posición jurídica, abarcando derechos, obligaciones, facultades y cargas, transferidos del causante al sucesor. Fenómenos sucesorios pueden ocurrir durante la tramitación de un proceso, generando cambios sustanciales en la mecánica procesal y dando lugar a la compleja institución de la sucesión en el proceso.

La sucesión procesal, proyectada en el proceso, refleja la institución general de la sucesión. Implica un traspaso total de la titularidad legítima del derecho, creando una separación entre la cualidad de parte procesal y la de titular legítimo del derecho. Este fenómeno ocurre cuando, debido a la extinción, pérdida de legitimación o modificación sustancial de una parte, esta es reemplazada en el proceso por otra persona. Esto implica la transmisión de derechos sustanciales, ya sea a título universal o singular.

La sucesión procesal no introduce una intromisión de terceros, sino que facilita la variación de las personas que integran las partes procesales o actúan como terceros. Desde una perspectiva personal, la sucesión procesal regula el cambio de personas en las posiciones principales de un proceso en curso debido a modificaciones en la relación jurídica sustantiva.

La denominación de cambio de partes versus sucesión procesal incluye consideraciones sobre la influencia germánica en la primera. Se argumenta que el cambio de partes engloba supuestos heterogéneos que pueden afectar a las partes procesales sin conducir a un cambio real de parte. Por otro lado, la

sucesión procesal, al sustituir a una parte por otra, se ajusta específicamente a la categoría de sucesión procesal. La sucesión procesal no se limita a un simple cambio de partes; su presupuesto es la sucesión en la titularidad del derecho discutido en el proceso, siendo el cambio una consecuencia.

La discusión sobre sucesión procesal o cambio de partes no supone el cambio del proceso, sino la continuación del mismo, con la aceptación de todo lo actuado hasta ese momento. A pesar de diversas denominaciones, se prefiere el uso de “sucesión procesal” en lugar de “cambio de partes” según lo establecido en el ordenamiento procesal civil.

El instituto de la sucesión procesal tiene una conexión directa con el principio de “perpetuatio jurisdictionis” del derecho romano, que establece que, una vez admitida la demanda, no puede haber cambios sustanciales en las partes en el proceso. Sin embargo, la sucesión procesal surge cuando, fuera del proceso, se transmite el derecho litigioso, permitiendo al nuevo titular suceder a la parte original en el proceso. Este fenómeno implica la sustitución de unas partes formales por otros materiales debido a la transmisión inter vivos o mortis causa de la legitimación.

El principio de “perpetuatio jurisdictionis”, derivado del debido proceso, establece que una vez determinada la jurisdicción y competencia tras la interposición de la demanda, no pueden modificarse por razones posteriores a ese momento procesal. La evolución histórica de la sucesión procesal en la normativa procesal civil y su correlato en la jurisprudencia nacional revelan su importancia y aplicación continua.

Considerando la dimensión temporal del proceso, la sucesión procesal se limita a fenómenos sucesorios que ocurren durante el desarrollo del proceso, excluyendo aquellos que suceden fuera del escenario procesal. Se focaliza en instancias procesales en curso, donde dos o más sujetos ocupan posiciones parciales. El sucesor se incorpora al proceso en el estado en que se encontraba al momento de su intervención, aprovechando todos los actos procesales realizados hasta ese momento.

Es esencial subrayar que la sucesión procesal no puede invocarse si el proceso ha concluido con una sentencia firme. La expresión “Dimensión temporal de la sucesión procesal” se refiere a su posibilidad de solicitud solo cuando el proceso está en curso y no tiene una resolución final firme.

Se destaca la importancia del artículo 339 del Código Procesal Civil, que permite a las partes acordar actos jurídicos para condonar, novar, prorrogar el plazo, convenir una dación en pago, entre otros, incluso después de una sentencia consentida o ejecutoriada. Sin embargo, esta norma se

aplica principalmente a sentencias condenatorias, planteando desafíos y consideraciones en su aplicación práctica.

La sucesión procesal se fundamenta en la preservación del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y en el aprovechamiento de la actividad procesal realizada por los sucesores. Como derecho-deber de rango constitucional, la tutela jurisdiccional justifica la sucesión procesal al evitar el riesgo de frustración del proceso. Tanto el apersonamiento del sucesor como la designación de un curador procesal en caso de su ausencia cumplen con el deber del Estado de brindar tutela jurisdiccional y garantizar el derecho del justiciable.

Además de fundamentos jurídicos, la sucesión procesal tiene bases económicas, evitando el desperdicio de actividad procesal. Permite al nuevo titular de los derechos sobre la cosa litigiosa aprovechar la actividad desarrollada por su causante, ahorrándole la necesidad de iniciar un nuevo proceso. En resumen, la sucesión procesal se sustenta en la preservación de derechos fundamentales y la eficiencia económica en el ámbito judicial.

VI. “Sucesión procesal por muerte: trasfondo jurídico, implicaciones prácticas y reflexiones sobre su aplicación”

Dentro del complejo tejido de la sucesión procesal, la modalidad por causa de muerte se revela como un proceso obligatorio y trascendental. La muerte de una de las partes en el litigio desencadena un fenómeno de transmisión hereditaria, donde los herederos asumen la posición procesal del difunto. Este proceso, ineludible en su naturaleza, actúa como un mecanismo inequívoco para evitar fraudes, ya que la transferencia de la cosa litigiosa se produce de manera irreversible, eliminando la posibilidad de manipulaciones ulteriores.

En este contexto, la sucesión procesal por muerte se percibe como un acontecimiento que trasciende la esfera material y adquiere una dimensión sustantiva universal. La muerte de una persona no solo implica el cese de su existencia, sino que, de manera automática, sus herederos adquieren todos sus derechos y obligaciones en el marco del proceso judicial. Este proceso, inevitable en su ejecución, se erige como una sucesión procesal forzosa, donde los cambios en la relación material subyacente necesariamente repercuten en la relación jurídico-procesal.

A lo largo del desarrollo de esta sucesión, se plantea la cuestión de la necesidad de la voluntad de los herederos para participar en el proceso. La doctrina, en consonancia con Colomer Hernández, sostiene que la muerte de un litigante automáticamente genera la sucesión procesal, sin depender de la voluntad de los herederos. Es solo en el momento en que el tribunal tiene

constancia de la defunción que se abre la posibilidad de que los sucesores decidan su participación formal en el proceso, ejerciendo así su voluntad de defender los derechos del difunto.

Este tipo de sucesión procesal por causa de muerte, al ser irreversible, plantea la pregunta sobre la necesidad de escuchar a la contraparte no fallecida. La extinción de la personalidad que ocurre con la muerte del demandante o demandado elimina la posibilidad de fraude en la transferencia de la cosa litigiosa. Por lo tanto, el cambio de persona en la posición procesal no requiere la participación formal de la contraparte no fallecida, ya que la transferencia es un hecho consumado y la figura del difunto ha dejado de existir jurídicamente.

El sustrato esencial para la sucesión procesal por causa de muerte es la existencia de un proceso iniciado antes del fallecimiento del causante. La muerte del demandante, demandado o tercero es lo que da origen a este proceso sucesorio. De este modo, no se trata de procesos que surgen después del fallecimiento, sino de una sucesión que se manifiesta en el contexto de un litigio ya en curso.

La normativa legal, como el artículo 108.1 del Código Procesal Civil, arroja luz sobre la esencia de la sucesión procesal, donde un sujeto ocupa el lugar de otro en un proceso, ya sea como titular activo o pasivo, al reemplazarlo en el derecho en disputa. En paralelo, el Código Civil establece que la muerte pone fin a la persona, pero este estudio se centra en el nacimiento de la sucesión desde una perspectiva procesal, priorizando la continuidad de procesos judiciales en curso sobre las implicaciones doctrinarias y jurisprudenciales de la muerte en sí misma.

En este contexto, la sucesión procesal por causa de muerte no es un proceso irrestricto; la ley impone ciertos límites y condiciones. La normativa procesal textualmente señala que la sucesión procesal se presenta cuando fallece una persona que es parte en el proceso, siendo reemplazada por su sucesor, a menos que exista una disposición legal en contrario. Así, en aplicación del principio de legalidad, las restricciones a esta sucesión deben estar explícitamente contenidas en una norma expresa.

En consecuencia, aquellos que hayan sido excluidos de la sucesión por indignidad, según lo establecido en el artículo 667º del Código Civil, no podrán apersonarse como sucesores procesales. Esta excepción, sin embargo, se amplía al ámbito de las pretensiones personales, especialmente en el contexto familiar. Por ejemplo, en casos de pretensiones de separación de cuerpos y divorcio, la muerte de una de las partes concluye el proceso, ya que la disolución del vínculo matrimonial se produce automáticamente con el fallecimiento.

La improcedencia de la sucesión procesal se manifiesta con mayor frecuencia en las pretensiones de carácter familiar. Esta excepción, aunque general, presenta sus propias excepciones, como en el caso de la pretensión de filiación extramatrimonial. En este contexto, los descendientes del hijo demandante pueden continuar el proceso que éste dejó iniciado, según lo establecido en el artículo 407º del Código Civil, presentándose como sucesores procesales.

La solución proporcionada en este último caso constituye una excepción a las reglas generales del Código Civil sobre la terminación del contrato de mandato. En este sentido, se atenúa el impacto que la muerte podría tener en un proceso pendiente, permitiendo que el mandatario concluya el juicio en ausencia de la comparecencia personal del causante, siempre y cuando no sea necesaria para eventos como citaciones a audiencias.

La jurisprudencia, proporciona ejemplos específicos que ilustran la aplicación de estas reglas en situaciones concretas. En este caso, se debatía sobre la indignidad sucesoria y la representación sucesoria en línea recta descendente. La interpretación y aplicación de los artículos 681 y 683 del Código Civil fueron esenciales para determinar si los hijos de un heredero indigno podían participar en el proceso, permitiendo que se continuara el juicio iniciado por el causante. (Casación Nº 2811-2007-PIURA).

La sucesión procesal por causa de muerte también plantea interrogantes sobre la temporalidad y efectividad de la transmisión. La sucesión, al ser un fenómeno derivado de la muerte, plantea la cuestión de la retroactividad de los efectos de la transmisión. En este sentido, la posición jurisprudencial destaca la eficacia inmediata de la sucesión procesal, con la consecuente transmisión de derechos y obligaciones desde el momento de la muerte del causante.

Este enfoque, respaldado por fallos judiciales como la Casación Nº 2874-2011-LIMA, es coherente con la idea de que la muerte no es un proceso gradual, sino un evento instantáneo que, una vez constatado, produce efectos inmediatos en la esfera jurídica. Este principio de eficacia inmediata de la sucesión procesal por causa de muerte se alinea con la necesidad de garantizar la continuidad y regularidad de los procesos judiciales, evitando vacíos o interrupciones que podrían derivar en perjuicios para las partes involucradas.

No obstante, esta inmediatez no impide que los herederos decidan no participar en el proceso, ya que la participación en el litigio es una facultad y no una obligación. En este sentido, la figura de los herederos puede ser entendida como la de una especie de continuadores de la acción procesal, con la opción de continuar o no el litigio iniciado por el causante.

El análisis de la sucesión procesal por causa de muerte también debe abordar la cuestión de la pluralidad de herederos. La existencia de múltiples sucesores, cada uno con derechos y obligaciones en relación con el proceso, añade una capa adicional de complejidad. La normativa, como el artículo 108.1 del Código Procesal Civil, establece que todos los herederos deben ser demandados o demandantes en conjunto, salvo que la ley disponga lo contrario.

La jurisprudencia, como el expediente N° 476-2006-PICHANAKI, ha abordado la situación específica de los herederos coexistentes en el contexto de la sucesión procesal. En este caso, la Corte Suprema resolvió que, en ausencia de disposición legal que lo prohíba, los herederos pueden ser parte por separado en el proceso. Esta interpretación refleja la flexibilidad necesaria para adaptarse a las circunstancias específicas de cada caso, evitando rigideces que podrían obstaculizar la administración de justicia.

En la sucesión procesal por causa de muerte, la posición procesal de los herederos puede variar según la naturaleza del proceso y la relación jurídica subyacente. En algunos casos, los herederos pueden asumir la posición de parte activa, defendiendo los derechos del causante, mientras que, en otros casos, pueden ocupar la posición de parte pasiva, asumiendo las obligaciones que el difunto tenía en el proceso. Esta dualidad refleja la complejidad inherente a la sucesión procesal y la necesidad de un enfoque contextualizado en su análisis.

La sucesión procesal por causa de muerte, al ser una realidad inevitable y compleja, requiere una cuidadosa consideración tanto de los principios legales como de las circunstancias particulares de cada caso. La normativa y la jurisprudencia proporcionan el marco legal y las interpretaciones necesarias para abordar las distintas facetas de este fenómeno, garantizando la continuidad y equidad en la administración de justicia. En última instancia, la comprensión de la sucesión procesal por causa de muerte emerge como un elemento esencial para la coherencia y eficacia del sistema legal en su conjunto.

VII. Legislación y jurisprudencia en materia de sucesión procesal

En cuanto a la legislación nacional, el artículo 108 del Código Procesal Civil regula la sucesión procesal, detallando las circunstancias bajo las cuales un sujeto puede ocupar el lugar de otro en un proceso. Se destaca la importancia de la comparecencia de los sucesores, y se subraya la nulidad de actividades procesales que se realicen después de la pérdida de capacidad o titularidad del derecho discutido.

En el ámbito de la legislación extranjera, se evidencian divergencias y similitudes. Por ejemplo, el Código General del Proceso de la República Oriental del Uruguay establece que, en caso de muerte, el proceso continúa con los sucesores, el cónyuge o el curador de la herencia. Mientras tanto, el Código de Procedimientos Civiles de México establece plazos específicos para la interrupción por muerte de una de las partes, y el Código Procesal Civil de Costa Rica establece la posibilidad de sustituir al enajenante en caso de enajenación de la cosa litigiosa.

El Código Procesal Civil de la Nación Argentina establece medidas específicas en caso de muerte, incapacidad o cesación de la representación de una parte. Destaca la suspensión del proceso y la citación a herederos o representantes legales en caso de fallecimiento, así como la necesidad de conformidad expresa del adversario para que un adquirente intervenga como parte principal.

Finalmente, el Código de Proceso Civil de la República Federativa de Brasil regula la sucesión voluntaria de las partes y abogados, destacando la lícita sucesión solo en casos previstos por la ley y la continuidad de la legitimidad de las partes en caso de venta de la cosa o derecho litigioso.

Mencionando un caso relevante, el Tribunal Constitucional se enfrenta a una situación donde la sucesión procesal por causa de muerte no se configuró adecuadamente debido a la conducta temeraria de los abogados patrocinadores. A pesar de la muerte del demandante, los abogados no informaron a las instancias judiciales, continuando en el proceso sin acreditar la representación de los herederos. Esta actuación llevó a la nulidad de los fallos de primera y segunda instancia.

La sentencia del Tribunal Constitucional declara la nulidad de lo actuado, ordena la remisión del expediente al Juzgado de origen para establecer una relación jurídico-procesal válida y aplica una multa a los abogados por su actuación temeraria. Sin embargo, podría haberse adoptado medidas adicionales, como remitir copias de las actuaciones a instancias judiciales y al Colegio de Abogados, según el Código Procesal Civil.

Además, se destaca una aparente contradicción entre el artículo 1802 del Código Civil y el artículo 108 del Código Procesal Civil en cuanto a la extinción del mandato por muerte, aspecto que merece una mayor reflexión y análisis. **[Expediente N° 00111-2012-PA/TC Lima]**

En este segundo caso, la demandante fallece mientras el proceso está pendiente en el Tribunal Constitucional. Ante esta situación, el Tribunal establece que es responsabilidad del órgano jurisdiccional a cargo del proceso disponer las publicaciones citando a los sucesores en casos de sucesión procesal por causa de muerte.

La sentencia destaca la importancia de notificar a los sucesores en casos de fallecimiento de una parte, garantizando así la continuidad del proceso con una relación jurídico-procesal válida. Esta decisión se convierte en un precedente relevante, estableciendo lineamientos claros para casos futuros de sucesión procesal por causa de muerte.

En ambos casos, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional refleja la necesidad de preservar la integridad del proceso judicial, asegurando que situaciones como la muerte de una parte no generen irregularidades y respetando los principios de buena fe y lealtad procesal. **[Expediente N° 03911-2008-PA/TC Lima]**

VIII. Jurisprudencia y sucesión procesal en el derecho civil peruano

En diversos casos judiciales en el ámbito peruano, la jurisprudencia ha destacado la importancia y la aplicación del artículo 108 del Código Procesal Civil en lo referente a la sucesión procesal. Esta normativa, que se aplica supletoriamente según el Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, establece los mecanismos para la continuidad de un proceso cuando una de las partes fallece.

En la Resolución del Tribunal Constitucional, María Dolores Neyra de Riofrío, se resalta que la sucesión procesal ocurre cuando fallece una persona que es parte en el proceso, siendo reemplazada por su sucesor. En este contexto, se destaca que la falta de comparecencia de los sucesores puede llevar a la continuación del proceso con un curador procesal, y se subraya la nulidad de la actividad procesal posterior a la pérdida de la titularidad del derecho discutido. **[Expediente N.° 03967-2012-PA/TC, Sullana]**

Asimismo, la Corte Suprema de Justicia de la República, en un procedo de Interdicto de Retener, resalta la obligación del juez de suspender el proceso por treinta días en caso de fallecimiento de una de las partes, permitiendo la incorporación del sucesor procesal. Se subraya que este mecanismo busca asegurar la validez y continuidad de la relación jurídico-procesal, evitando la paralización o extinción del proceso ante la pérdida de la titularidad del derecho discutido. **[Casación 3906-2011, Lima Norte].**

La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, refuerza la importancia del artículo 108 al indicar que la falta de conformación de la sucesión procesal puede llevar a la nulidad de la actividad procesal realizada después del fallecimiento de una de las partes. Se destaca la obligación de informar a las instancias jurisdiccionales sobre el deceso y la necesidad de acreditar facultades de representación para continuar en el proceso. **[Casación N° 3891-2014, Lima Norte].**

Según la Corte Suprema de Justicia de La República Sala Civil Transitoria, el otorgamiento de Escritura Pública, se cita a Marianella Ledesma Narvaez, resaltando que la sucesión procesal tiene como misión asegurar la continuidad de la dinámica procesal tras cambios en los sujetos originarios, evitando la interrupción o dificultad en la actividad regular del proceso. Se aclara que la nulidad de la actividad procesal afecta solo a aquella realizada después de la pérdida de la titularidad del derecho discutido. **[Casación 883-2013, Junín].**

Finalmente, en la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de La República Sala Civil Permanente, el Divorcio por Causal de Separación de Hecho, se aborda el caso de una demanda iniciada por una cónyuge que falleció durante el proceso. Se destaca la configuración de la sucesión procesal y la continuidad del trámite con un Curador Procesal, subrayando la importancia de garantizar la actividad regular del proceso y la legitimidad de los herederos debidamente acreditados. **[Casación N° 5332 - 2019, Tacna].**

Por otro lado, para evaluar las hipótesis propuestas arroja luz sobre la complejidad de la sucesión procesal en el contexto latinoamericano. A través del minucioso análisis de Sentencias Casatorias y encuestas aplicadas a 400 abogados, se adentra en la intrincada relación entre la legislación y la práctica judicial.

En relación con la primera hipótesis, que postula la identidad legislativa en la sucesión procesal latinoamericana, los resultados obtenidos son concluyentes. La percepción de más del 50% de los abogados encuestados sobre la similitud de las legislaciones, con ciertos matices, revela una uniformidad legal del 82.75%. Este hallazgo sugiere que, a pesar de las divergencias inherentes a cada jurisdicción, existe una base legislativa compartida que fundamenta el abordaje común de la sucesión procesal.

La segunda hipótesis, que destaca el dinamismo judicial en la sucesión procesal, encuentra un respaldo sólido en los resultados obtenidos. Más del 90% de los juristas reconocen la tendencia de los jueces civiles a no limitarse a la mera aplicación normativa, sino a desarrollar aspectos no contemplados por la ley. Esta dinámica no solo pone de manifiesto la complejidad inherente a la sucesión procesal, sino también la imperante necesidad de una adaptación continua por parte del sistema judicial para hacer frente a los retos emergentes.

IX. Conclusiones

La sucesión procesal ocurre cuando a causa de la caída, pérdida de legitimación o modificación sustancial acaecida en la constitución de una de las partes, ésta es sustituida en el proceso por una persona diferente.

A lo largo de la evolución legislativa y doctrinaria, la sucesión procesal ha sido denominada como cambio de partes y sucesión procesal. Sin embargo, se argumenta a favor de la denominación “sucesión procesal”, ya que no hay un cambio en las partes, sino en las personas que ocupan esas posiciones, de acuerdo con las causales establecidas por la ley.

Los fundamentos de la sucesión procesal son la preservación del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y el aprovechamiento de lo actuado por los sucesores, lo cual tiene implicancias económicas. Esta preservación se justifica constitucionalmente, evitando el riesgo de frustración del derecho, mientras que el aprovechamiento evita el desperdicio de la actividad procesal.

La legislación nacional regula diversas causales de sucesión procesal, siendo tres de ellas comunes en las legislaciones latinoamericanas. Sin embargo, se propone una adición a la normativa para abordar situaciones específicas, como la transferencia de derechos cuyo plazo vence durante el proceso.

X. Recomendaciones

Como resultado del análisis efectuado al artículo 108° del CPC y a la luz de las situaciones que se producen en el desarrollo del proceso se hace necesario una modificación del artículo 108° del CPC, pues existe un supuesto fáctico no previsto por la norma legal, pero que, sin embargo, requiere que se le otorgue la respectiva cobertura legal para facilitar la labor de los jueces ante tal situación con el fin de generar seguridad jurídica y preservar las garantías del debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva que debe existir en todo proceso.

Referencias bibliográficas

- Alsina, H. (1943). *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*. Buenos Aires: Compañía argentina de editores.
- Barrios De Angelis Dante. *Introducción al estudio del proceso*.
- Calamandrei, P. (2017). *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. Santiago de Chile. Chile: Ediciones Jurídicas Olejnik.
- Calamandrei, P. (1996). *Instituciones de Derecho procesal civil*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Carnelutti, F. (1944). *Sistemas de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires. UTEHA Argentina.
- Carnelutti, F. (1960). *Instituciones del Proceso Civil*. Buenos Aires. Ediciones Jurídicas Europa-América
- Colomer, I. (2005). Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil arts. 16, 17, y 18. Julio 08, 2019, de Indret: Revista para el Análisis del Derecho Sitio web: http://www.indret.com/pdf/285_es.pdf
- Couture, E. (1958) *Fundamentos del derecho procesal civil*. Buenos Aires. Roque de Palma.

- Zavala Toya, S. (1994). Intervención de terceros, extromisión procesal y sucesión. THEMIS Revista De Derecho, (29), 173-186.
- Monroy, Juan. "Partes, acumulación, litisconsorcio, intervención de terceros y sucesión procesal en el Código Procesal Civil". En: Análisis del Código Procesal Civil. UNMSM. Cuzco. Lima, 1994, p. 129.
- Couture Eduardo. *Derecho Procesal Civil*. Chioventa Giuseppe. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*.
- Chioventa Giuseppe. *Principios de Derecho Procesal Civil*.
- De La Plaza Manuel. *Derecho Procesal Civil*.
- De La Rúa. *Teoría General del Proceso*.
- Devis Echandía Hernando: *Compendio de Derecho Procesal Civil*.
- Enrique Palacio, Lino: *Derecho Procesal Civil*.
- Fábrega Jorge: *Instituciones de Derecho Procesal Civil*.
- Fairén Guillén, Víctor: *Doctrina General del Derecho Procesal*.
- Goldschmit James: *Derecho Procesal Civil*.
- Guasp Jaime: *Derecho Procesal Civil*. T.I.
- Kisch Wilhelm: *Elementos de Derecho Procesal Civil*.
- Liebman Enrico: *Manual de Derecho Procesal Civil*.
- Lorca Navarrete Antonio: *Tratado de Derecho Procesal Civil*.
- Monroy Gálvez Juan: *Introducción al Proceso Civil*. Tomo I.
- Montero Aroca, Juan: *El proceso jurisdiccional*. Ts. I, II y III.
- Peyrano Jorge: *El proceso civil, principios y fundamentos*.
- Prieto Castro Leonardo: *Derecho Procesal Civil*.
- Ramos Méndez, Francisco: *Derecho y proceso*.
- Ramos Méndez, Francisco: *Sucesión procesal*.
- Redenti Enrico: *Derecho Procesal Civil*.
- Rosemberg Leo: *Derecho Procesal Civil*.
- Sata Salvatore: *Manual de Derecho Procesal Civil*. Vol. II.
- Silva Vallejo José: *La ciencia del Derecho Procesal*.
- Véscovi Enrique: *Teoría General del Proceso*.
- Wach Adolf: *Manual de Derecho Procesal Civil*.

INVESTIGACIONES NACIONALES

Encuentros y desencuentros de las excepciones cambiarias en el proceso único de ejecución

Meetings and disagreements of exchange exceptions in the single execution process

Alexander Camus

Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, Perú

<https://orcid.org/0000-0003-1950-3380>

jcamusc@unmsm.edu.pe

Presentado: 19/11/2023 - Aceptado: 23/12/2023 - Publicación: 30/12/2023

Resumen

La propuesta de la investigación es desmitificar la antinomia que existe entre las causales de contradicción estipuladas en el artículo 19 de la Ley de Títulos Valores frente al artículo 690-D del Código Procesal Civil Peruano.

La tutela jurisdiccional está por encima – y no cabe duda – de cualquier algoritmo normativo, y es el toque del buen actuar de un magistrado. Es verdad que la circulación económica y la seguridad jurídica es de total relevancia; pero qué sino hay garantías judiciales para el justiciable (ejecutado).

Palabras clave: Título valor, excepción cambiaria, excepción de forma, oposición, extinción de la obligación.

Abstract

The research proposal is to demystify: The antinomy that exists between the causes of contradiction stipulated in article 19 of the Securities Law versus article 690-D of the Peruvian Civil Procedure Code.

Jurisdictional protection is above – and there is no doubt – any regulatory algorithm and is the touchstone of good action by a judge. It is true that economic circulation and legal security is absolute relevance; but what if there are no judicial guarantees for the defendant (executed).

Keywords: Security title, exchange exception, formal exception, opposition, extinction of the obligation.

I. Introducción

A nivel normativo, el justiciable encuentra limitado su derecho a la defensa; ya que solo se le asiste el artículo 690-D del Código Procesal Civil Peruano, y muchas veces sin tener en cuenta el artículo 19 de la Ley de Títulos Valores. En ese sentido, al parecer existe una aparente contradicción de normas, que tendrá que decantarse en el ensayo.

Por si fuera poco, a nivel jurisprudencial no existe un consenso sobre la aplicación de las excepciones cambiarias diseñadas en la nueva ley de títulos valores (artículo 19); tampoco existe consenso sobre considerar la aplicación de excepciones de fondo. Toda vez que los Magistrados del Poder Judicial consideran que de admitirse tales excepciones se desnaturaliza el proceso único de ejecución.

El proceso de ejecución única se diferencia de los demás procesos porque no hay contradictorio – inaudita altera pars – y por ello, se busca darle mayores herramientas al ejecutado. Es fácil involucrarse en un proceso de ejecución única, ya que solo basta contar con un título de ejecución para legitimar la pretensión ejecutiva y su respectiva intimación. Entonces, reflexionemos un poco: ¿Se puede seguir con el seguimiento de un proceso donde se prescindiera de la voluntad del ejecutado? En la realidad empírica: Sí; y tanto es así que en este tipo de procesos no cuenta con la etapa postulatoria, y se sabe que en dicha etapa impera la igualdad de armas (derecho a la defensa).

El ejecutante, inicia el mecanismo procesal gozando de la eficacia del título ejecutivo; mientras que el ejecutado no se defiende. Pues, inmediatamente mediante un auto se le intima al pago. Dadas las reglas de los enunciados normativos (artículo 690-D del Código Procesal Civil), el ensayo busca un sistema integrativo de normas para darle mayor dinamismo al proceso y – sobre todo – proveerle de las garantías judiciales que tanto nos habla los instrumentos internacionales, tales como el derecho a ser oído (Cfr. inciso 1 del art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos - Pacto de San José).

II. De la controversia de las normas sobre el proceso único de ejecución

La discusión se centra en dos supuestos: 1) La factibilidad que las excepciones cambiarias estipuladas en el artículo 19 de la LTV puedan ser interpuestas dentro del artículo 690-D del Código Procesal Civil Peruano. A fin de darle mayor tutela al justiciable; y 2) Incidir que las excepciones procesales admiten excepciones de fondo cuando se trate de un título valor incompleto completado contrario a los acuerdos pactados, es decir, en una visión holística de las normas se puede integrar la LTV con lo dispuesto en el

art. 690-D del CPC; y si es así se debería analizar si existen más mecanismos de defensa – excepciones de fondo – para el ejecutado.

El art. 19.1 de la LTV señala “literalmente” que, en cualquier vía – incluida la procesal - se puede interponer las excepciones cambiarias, como mecanismo de contradicción que le ampara al ejecutado. Más aún cuando se analiza el art. 19.2 indica que el obligado puede contradecir en base a sus relaciones personales de conformidad con el CPC. Sin embargo, no existe una percepción de integración normativa y de alcances sociales y culturales al momento de aplicar la contradicción en los procesos de ejecución única.

Existe una jerarquía normativa – a propósito del artículo 51 de la Constitución Política Peruana – donde nuestra Carta Magna enfatiza sobre la tutela jurisdiccional efectiva – inciso 3 del artículo 139 – ergo todo justiciable (persona) tiene derecho a recurrir al órgano jurisdiccional, por el cual se debe respetar las garantías mínimas del proceso. Sin embargo, los enunciados normativos del Código Procesal Civil Peruano (artículo 690-D) se presenta como un cuerpo hermético ante los ojos de los Magistrados del Poder Judicial Peruano.

Las causales de contradicción establecidas en el derecho procesal pretende desconocer parcialmente las causales que establece el artículo 19 de la Ley de Títulos Valores (excepciones cambiarias); toda vez que existe un argumento impregnado en la caja negra jurisprudencial: “Sí aceptamos las excepciones cambiarias, en su totalidad, y las excepciones de fondo, pues se desnaturaliza el proceso”, como si se tratase de una peste que inunda la tramitación del proceso y que seguramente aumenta – bajo algunas concepciones – la carga procesal.

Al margen de las consideraciones de llamarlo – por algunos maestros – oposición a la contradicción, y que genere un lenguaje un poco claro. Lo cierto es que la oposición es una verdadera acción con la que cuenta el deudor (ejecutado), y que busca suprimir la probable existencia del derecho patrimonial que se encuentra incorporado en el título ejecutivo.

Acaso, se debe amparar un proceso de ejecución sin dotarle de los enunciados normativos – en un sentido amplio e integrador - al ejecutado. Ante la mirada que implora igualdad de armas - se puede negar las excepciones cambiarias por un intento – prejuicio – de solapar la supuesta celeridad del proceso.

La contradicción es realmente una oposición, y como tal no es defenderse; sino atacar a los presupuestos de ejecución; y es ahí donde se presenta las excepciones cambiarias para eliminar la eficacia del título ejecutivo.

III. Del título valor incompleto

El quid del proceso cambiario está visibilizado por las excepciones que puede interponer el obligado (ejecutado). Y en este punto aparece el inciso e) del artículo 19.1 de la LTV que establece que todo título valor incompleto al expedirse ha sido llenado contrario a lo convenido por las partes, y se debe acompañar el documento donde lo pactado ha sido vulnerado por el demandante. Pues, en estas premisas, nos preguntamos: ¿Quién puede completar este título valor? Y la respuesta es “únicamente” el demandante. Por tanto, se trata de una excepción personal. Siguiendo, este razonamiento, surge una nueva pregunta: ¿Porqué, no se admiten las excepciones personales y solo se restringen – en un proceso de ejecución única – a las excepciones procesales? Es más, el mismo CPC no advierte que sino se hace la contradicción de conformidad con las cláusulas estipuladas en el Art. 690-D será condenado a ser rechazado.

IV. De la limitación del uso de las excepciones cambiarias

El obligado (ejecutado) dentro del proceso de ejecución única al no tener oportunidad procesal para alegar todas las excepciones cambiarias, se le limita su derecho a la defensa. En ese sentido, al ser excluido algunas de las excepciones cambiarias del artículo 690-D del Código Procesal Civil Peruano constituye la vulneración al debido proceso consagrado en nuestra Constitución Política del Perú.

Según la normativa las excepciones cambiarias proceden dentro de un proceso de ejecución única como medio de defensa. Sin embargo, existe un conflicto de enunciados normativos entre el artículo 19.1 de la Ley de Títulos Valores y el artículo 690-D del Código Procesal Civil Peruano.

El mantener taxativamente el artículo 690-D del Código Procesal Civil Peruano - *dura lex, sed lex* - en lugar de integrarlos en un sistema armonioso, contribuye a la indefensión del ejecutado - constitucionalmente resulta intolerable por el desequilibrio de condiciones en la que se sitúa el obligado del título ejecutivo.

V. De la acción causal y la acción cambiaria

Los títulos valores tienen como fuente o causa referente a la relación causal de naturaleza prestacional (obligacional), y el “problema de la causa sólo comprende aquellas obligaciones de contenido patrimonial, o sea las que importan un desplazamiento de bienes económicos de un patrimonio a otro, cualquiera sea la importancia, duración y efectos de tales desplazamientos” (Williams, 1975, p.15).

En efecto, la acción causal reside en la obligación patrimonial por lo que está sujeto a requisitos de validez, pudiendo ser pasible de ser sancionado

con la nulidad y por ende no producir efecto alguno. En cambio, las acciones cambiarias no operan del mismo modo, muy por el contrario, para no menoscabar el patrimonio del deudor existen otras acciones como lo es el enriquecimiento sin causa. En relación a ello, se sostiene que “la diferencia fundamental entre ambos grupos consiste en que en tanto los negocios causales no pueden producir efecto alguno cuando se pruebe la inexistencia o ilicitud de la causa, es decir, son nulos por defecto o vicio de un elemento esencial, los abstractos producen todos los efectos en todo caso, incluso cuando falte la causa o sea ilícita; cuando esto ocurre se dan, sin embargo, remedios particulares de repeticiones y restituciones que sirven para destruir el enriquecimiento injusto producido por el negocio o restablecer el equilibrio patrimonial” (De Ruggiero, 1945, como se cita en Williams, 1975, p. 17)

Debe tenerse en cuenta, que la relación causal no se da siempre por los agentes primigenios; sino también si un tomador del título valor lo endosa a otro tomador. En cambio, en la relación cambiaria el tenedor del título valor no se obliga frente a un acreedor determinado, sino al acreedor futuro e incierto. También es válido recordar que la relación causal se mantiene al margen y distante de la relación cambiaria; ya que con la expedición de título valor no se produce una novación objetiva de cambiar una obligación ordinaria por una obligación cambiaria. Por ende, tanto la relación causal como la cambiaria subsisten al mismo tiempo.

La legitimación de la alternatividad de las obligaciones se da por el tenedor del título valor, quien podrá materializar su pago ya sea por la exigencia de una obligación de dar suma de dinero (relación causal) o por la exigencia en un proceso de ejecución (relación cambiaria). Además, “en los títulos de crédito, la potestad de ejercicio del derecho cartular compete a aquel que no sólo está en la condición jurídica de formalmente investido, sino al que también está en condiciones de exhibir el documento” (Ferri, 1982, p. 246)

Hace mucho tiempo en nuestro sistema normativo se concebía la acción causal frente a la acción cambiaria, es decir, aquella sutileza de naturaleza distinta: Por un lado, la naturaleza cambiaria que emanaba – por lo general – producto de la ley frente a la naturaleza del derecho civil producto de la autonomía privada; y pues un contrato de mutuo de orden civil a fin de garantizar un crédito, puede generar acciones cambiarias; tal es el caso: *“Cuando dos personas han celebrado un contrato de mutuo, es frecuente que el acreedor, para garantizar su acreencia, gire una letra a su orden y a cargo del deudor; siendo así mismo frecuente, que un acreedor persiguiendo igualmente una garantía para su crédito, se haga endosar la letra que su deudor tiene en su poder como endosatario y tenedor”* (Pino, 1984, p. 55).

En término sucinto, dialogar sobre la relación causal y la relación cambiaria no significa que el ejecutado se encuentre doblemente obligado. En ese sentido, “distinción entre relación causal (básica, fundamental, subyacente) y cambiaria (derivada, secundaria, yuxtapuesta) simboliza la autonomía del derecho cambiario. En efecto, el hecho de diferenciar dos vínculos jurídicos, uno generado por el acto jurídico, y otro creado por el propio título valor, permite construir toda una teoría en torno a la relación cambiaria, con principios, criterios e instituciones propias” (Montoya, 2009, p. 9)

VI. De la excepción cambiaria en el Perú

En nuestro ordenamiento jurídico cambiario – se hace mención a las excepciones personales: Las misma que pueden interponerse entre el deudor y el tenedor del título, situación jurídica que debe integrarse en la hermenéutica del órgano jurisdiccional para resolver el caso en concreto; ya que en la práctica judicial se reduce a los supuestos de contradicción – como cinturón de seguridad – al artículo 690^o-D del Código Procesal Civil.

La pertinencia o no del nomen iuris excepción cambiaria, oposición y/o contradicción; en el ensayo soy de la idea de volver al término “oposición” porque es una verdadera acción con la que cuenta procesalmente el demandado, aunque para algunos tratadistas y expertos en la materia señalan siendo que “(...) el artículo pone a disposición del demandado, los medios de defensa denominados oposiciones, las que, corrientemente, en el juicio ejecutivo responden al nombre de excepciones, y que tratándose de títulos – valores, no son otra cosa que excepciones cambiarias.” (Pino, 1984, p. 61). En ese sentido para el derecho comercial y el derecho procesal civil se equipará excepciones cambiarias con oposición, lo cuál es valido, pero decir contradicción no existiendo una contestación propiamente dicha, es un punto para la reflexión de la comunidaa jurídica.

Ahora bien, el término jurídico excepción que le asignó el ordenamiento denota un aspecto teleológico: La búsqueda de una relación jurídica valida entre los sujetos intervinientes, es por ello que el legitimado pasivo cuenta con los instrumentos que le franquea la ley. Pues, no puede equipararse las excepciones procesales con las excepciones cambiarias – en todo caso deberían integrarse con un fin holístico – siendo un instrumento con la que cuenta el deudor para oponerse a la acción. Sobre el particular el maestro Jorge Eugenio Castañeda (1971) resalta que: “Es necesario también tener en cuenta la doctrina italiana en esta materia, ya que nuestro art. 20 tiene como antecedente el art. 1993 del código civil de ese país instalado en la parte en que dicha codificación regula los títulos de crédito” (p. 47).¹

A todo esto, no cabe duda, que existe una agudeza en el lenguaje jurídico; ya que en el ordenamiento jurídico peruano se usa el término “a sabiendas”

mientras que en el ordenamiento jurídico italiano se usa el nomen iuris: “intencionalmente”. En ese sentido, ambos términos, dan sustento a la figura de la **exceptio doli generalis**; ya que se evidencia la finalidad de perjudicar al deudor al momento de la adquisición del título valor, es decir, imposibilitar que el deudor ejerza las excepciones personales contra la cadena sucesiva de acreedores.

Adviértase, que el artículo 9º de la Antigua Ley de Títulos Valores - Ley N° 16587 - señalaba textualmente que: *“Si un título – valor, incompleto al emitirse, hubiere sido completado contrariamente a los acuerdos adoptados, la inobservancia de estos convenios no puede ser opuesta al poseedor, a menos que esté hubiere adquirido el documento de mala fe”* (Balbín, 1980, p. 13)

Del citado artículo, se hace referencia a la emisión de títulos valores incompletos que fueron generados o que emanan de una relación causal, y que por el principio de literalidad fueron llenados sin atender las cláusulas del contrato no podrían ser excepcionadas al poseedor de buena fe.

Por consiguiente, de los dos párrafos que preceden, se visibiliza la mala y la buena fe como si se tratase de dos cosas distintas; por el contrario, ambas se justifican mutuamente. Pues, para entender dichas categorías – necesariamente y fenomenológicamente – debemos recurrir al comportamiento de los agentes (partes del proceso) en el tráfico comercial. Más allá, de las cláusulas contractuales y del ordenamiento jurídico.

Ante las consideraciones expuestas, se tiene que la oposición (excepciones cambiarias) puede ser opuesta al poseedor, siempre y cuando hubiese actuado de mala fe – que por cierto es un concepto indeterminado que necesita de la precisión de un magistrado; ya que se trata de una presunción judicial y que debe poner su mirada en el mismo tráfico comercial, pues “la ley no puede amparar la mala fe. Según este principio si quien ha adquirido el título – valor, conocía el convenio, o conocía del estado incompleto en que aquel fue otorgado, y a pesar de ello lo ha adquirido, no sólo es lógico sino legal, que quede a merced de la acción reivindicatoria del título y de la oposición que le formule el obligado en la acción cambiaria respectiva que inicie para obtener el cumplimiento de la obligación” (Pino, 1984, p. 36).

Así pues, analizar la mala fe importa no solo tener en cuenta la identidad que debe haber entre las cláusulas del contrato y lo expresado al completar el título valor; por el contrario debe observarse ab initio si lo estipulado en el contrato se ajusta al ordenamiento jurídico; y luego si el desplazamiento de conductas de las partes intervinientes en la relación causal o relación cambiaria (tercero ejecutante), se ajustan a los efectos de las obligaciones creadas por la autonomía privada de las partes; y se sostiene que la mala fe puede darse “de forma irregular, ilícita o por no haber observado las

formalidades del endoso, salvo el caso de los títulos al portador, los títulos no sujetos a endoso o cuando se conoce que la suma del título excede del monto real” (Montoya, 2000, p. 154).

En cuanto a la aplicación del artículo 9º de la Ley 16587 nuestra jurisprudencia en aquel tiempo consideraba: “(...) que no habiendo circulado la citada letra de cambio, coincidiendo las calidades de tenedor – acreedor con las de obligado principal y deudor, el ejecutado tiene expedito su derecho para deducir todas las excepciones y demás medios de defensa sustentados en las relaciones personales con el tenedor; que siendo así es indiscutible que la cambial cuyo pago se pretende, proviene y se relaciona íntimamente con el contrato a que se contrae la minuta inserta en fotocopia a fs. 23 (...) Ejecutoria del 4 de setiembre de 1978 – Callao. Revista de Jurisprudencia Peruana N° 418-419, pág. 957” (Balbín, 1980, pp. 13-14).

De lo expuesto, se aprecia que cuando no circula un título valor que tiene su origen en la relación causal, el obligado tiene para accionar de una manera muy amplia y que está por demás decir que dicha concesión de defensa se encontraría desnaturalizando el proceso de ejecución. Es más, la excepción del cumplimiento del título valor incompleto también se encuentra como causal de contradicción en el art. 690-D del CPC.

Para concluir, se debe resaltar que luego vienen las modificaciones con sus tecnicismos de conformidad con el “Dictamen Recaído en el Proyecto de Ley N° 4195-98-CR presentado por el Poder Ejecutivo mediante el cual propone Nueva Ley de Títulos Valores. La iniciativa ha sido elaborada por la Comisión Redactora del Proyecto de Ley de Títulos Valores del Ministerio de Justicia creada por Resolución Ministerial N° 068-97-JUS y presidida por el doctor Ricardo Beaumont Callirgos” (Montoya, 2000, p. 149).

VII. De la excepción procesal en el Perú

La idea de obligación cambiaria se enmarca dentro de los procesos de ejecución única; toda vez que están destinados a buscar su eficacia dentro del proceso judicial, y dista de otras obligaciones por las siguientes razones procesales: a) La obligación cambiaria da lugar al juicio ejecutivo, es decir, un procedimiento acelerado para obtener la sanción en caso de que el obligado no pague. b) El procedimiento puede iniciarse por cualquier tenedor legitimado de la letra. La persona del acreedor no está determinada de antemano (Bulygin, 1961, pp. 31-32)

Por consiguiente, es saludable encontrar los síntomas del artículo 700² del Código Procesal Civil que, para poder ejercer la contradicción, se señalaba:

El Plazo: 5 días – una vez emplazado con el auto que intima al pago - para proponer los medios probatorios. Mientras que los Medios de Prueba: Se restringen solo a 3 medios de prueba “típica”; tales como declaración de parte, documentos; y pericia³

Asimismo, se advierte que las causales de contradicción no solo tipifican de manera cerrada y limitada; sino que el ejecutado al no ajustarse a las causales está condenado a declararse liminarmente su improcedencia, lo cual dista de un criterio de deducibilidad de normas; a fin de poder integrarla con las del derecho comercial – Ley de Título Valores. En ese sentido, el numerus clausus de poder ejercer el derecho a la defensa se da por:

“1. Inexigibilidad o iliquidez de la obligación contenida en el título; 2. Nulidad formal o falsedad del título ejecutivo; o, cuando siendo éste un título valor emitido en forma incompleta hubiere sido completado en forma contraria a los acuerdos adoptados, debiendo en este caso observarse la ley de la materia; () 3. La extinción de la obligación exigida; o 4. Excepciones y defensas previas. El Juez debe declarar liminarmente la improcedencia de la contradicción si ésta se funda en supuestos distintos a los enumerados”(sic) [Cfr. Código Procesal Civil (C.P.C.) Resolución Ministerial N° 10-93-JU. Promulgado el 08 de enero de 1993, pp. 132 - 133 (Perú); consultado en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/01164.pdf>]*

Aún no se pretende abordar las causales; toda vez que no ha variado en mucho con la modificatoria expedida por el Decreto Legislativo N° 1069.

6.1. Del Decreto Legislativo N° 1069

Al insertarse el Decreto Legislativo N° 1069 en el año 2008, el artículo 700º del Código Procesal Civil, es desplazado por el artículo 690-D del mismo cuerpo normativo. Pero preguntémosnos:

¿La regulación vigente ha hecho cambios sustanciales para darle mayor defensa al ejecutado?

Y la respuesta es negativa. Muy por el contrario – a pesar de llamarse ejecución única – ha visibilizado no solo una copia del artículo 700; sino que ha condicionado la improcedencia por el rechazo liminar sino cumple con las causales establecidas. En consecuencia, una vez más, el ejecutado está condenado al fracaso. Por esta razón, el ensayo pretende visibilizar a la parte más débil del proceso de ejecución; a fin de proponer una igualdad de armas para – al menos – respetar las garantías judiciales y la tutela del proceso.

Actualmente, nuestro ordenamiento regula la contradicción en los procesos de ejecución única: “Artículo 690-D.- Contradicción. Dentro de

cinco días de notificado el mandato ejecutivo, el ejecutado puede contradecir la ejecución y proponer excepciones procesales o defensas previas. En el mismo escrito se presentarán los medios probatorios pertinentes; de lo contrario, el pedido será declarado inadmisibile. Sólo son admisibles la declaración de parte, los documentos y la pericia. La contradicción sólo podrá fundarse según la naturaleza del título en: 1. Inexigibilidad o iliquidez de la obligación contenida en el título; 2. Nulidad formal o falsedad del título; o, cuando siendo éste un título valor emitido en forma incompleta, hubiere sido completado en forma contraria a los acuerdos adoptados, debiendo en este caso observarse la ley de la materia; 3. La extinción de la obligación exigida; Cuando el mandato se sustente en título ejecutivo de naturaleza judicial, sólo podrá formularse contradicción, dentro del tercer día, si se alega el cumplimiento de lo ordenado o la extinción de la obligación, que se acredite con prueba instrumental. La contradicción que se sustente en otras causales será rechazada liminarmente por el Juez, siendo esta decisión apelable sin efecto suspensivo. (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Perú, s.f.)

En primer lugar, el plazo sigue siendo lo mismo; al igual que la limitación de la aportación de los medios probatorios, y para – rematar – no se ha hecho algún cambio sustancial en las causales de contradicción. Muy por el contrario, si el ejecutado se sustenta en diferentes causales, a las ya previstas, será rechazada liminarmente por el magistrado. Debiéndose, precisar que en el artículo 700 – derogado – no se hablaba de rechazo liminar; sino, de improcedencia.

6.2. ¿Se puede equiparar las excepciones procesales con las excepciones cambiarias?

Desde mi punto de vista el derecho procesal no solo es absorbido por los enunciados normativos del derecho civil; sino que también lo es por el derecho comercial, “hasta que se le permite al demandado valerse de ciertas defensas derivadas de la relación del derecho material. Estas fueron *exceptio doli* y *exceptio metus causa*, dirigidas a probar el dolo o la fuerza con que había sido hecha una estipulación” (Ferrero, 1980, p. 40).

De esta forma, comparten un término jurídico que se les antepone: La excepción como mecanismo de defensa; y “La razón jurídica no puede ser otra que el principio de bilateralidad de las partes” (Ferrero, 1980, p. 58)

Al respecto, dichas figuras: Excepción procesal y excepción cambiaria son distintas, pero se complementan en cuanto son herramientas de defensa para el ejecutado. Las Excepciones procesales se encuentran en el artículo 446 del CPC. y la ley nos franquea que son de 14 clases. Mientras que, las excepciones cambiarias se enmarcan propiamente en el derecho comercial (art. 19 de la LTV).

6.3. *¿Será razonable que en cinco días el ejecutado pueda adjuntar los medios probatorios?*

¿Qué es el tiempo para nuestro legislador? El problema del tiempo para el ejecutado debe comprimirse en la cuestión de su mundaneidad [realidad], pues ¿Cuál es la formula del legislador para que fuera 5 días y no 10 o tal vez 20? Son aporías legales que el mundo jurídico no lo ha sabido sostener; porque cabe preguntarnos: ¿Si [el tiempo] pertenece al derecho o es más bien una variable que no tiene dependencia del derecho?

Cabe sostener que la realidad del plazo es problemática en razón de la complejidad del sujeto de derecho, por los diversos elementos o dimensiones. Una de ellas fue la que afrontamos en al epoca de pandemia, donde no hubo respuesta oportuna por nuestras instituciones; ya que muchas y muchos se vieron perjudicados con los plazos establecidos para poder contradecir a un proceso de ejecución única de conformidad con nuestro ordenamiento jurídico procesal.

Cuando los doctrinarios y los magistrados se aferran a la teoría que si se le da más plazo al ejecutado **“se estaría desnaturalizando el proceso de ejecución única”**⁴; modestamente me estoy preguntando si estamos en un criterio como posibilidad, como efectividad o como necesidad.

Si adoptamos como posibilidad estamos hablando de regular hechos futuros; y si es por efectividad estamos regulando hechos presentes (para ello no hay un estudio de la defensa del ejecutado en tiempo real); Y si es por necesidad se centra en hechos del pasado.

Entonces, porqué limitar al ejecutado aun plazo que en nuestra realidad no es posible adjuntar todas las pesquisas o medios probatorios – sean típicas o atípicas - para ejercer su derecho a la defensa; ya que el movimiento no sólo se da en los hechos de los particulares dentro de una sociedad, sino también dentro del ejercicio de la función pública [Poder Judicial]. ¿De qué sirve que se le dé un plazo al ejecutado de 5 días si en el Poder Judicial se va a demorar más del plazo que uno espera? Me parece que se debe abandonar la mentalidad que tenemos sobre el tiempo y acercarse más a un estudio del movimiento de nuestra realidad, siendo el primer paso la necesidad de analizar la jurisprudencia [y no cualquier jurisprudencia porque el tiempo debe comprimirse a la que se vive en el Perú, por un sentido socio - cultural].

6.4. *¿Darle un mayor plazo al ejecutado desnaturalizaría el proceso de ejecución?*

Un principio de la administración de justicia se encuentra en el artículo 139 de la Constitución Política del Perú: “Son principios y derechos de la función jurisdiccional [14. El principio de no ser privado del derecho de

defensa en ningún estado del proceso (...)]. (Congreso de la República, 1993, p. 71).

En ese sentido, analizar la factibilidad de darle mayor tiempo al ejecutado para poder recabar todos los medios probatorios y adjuntarlos al proceso no se estaría desnaturalizando el proceso, muy por el contrario, se estaría proporcionando la igualdad de armas que debe tener el ejecutado y no ser compelido a su fracaso.

Me parece un mito creer que darle mayor plazo al ejecutado – que es la parte más débil del proceso de ejecución única – conllevaría a desnaturalizar el proceso. Más aún, si las causales de contradicción y los medios probatorios tipificados en el derecho procesal son bastante rígidos y limitados. Esta situación evidencia la falta de garantías judiciales. En ese sentido, “es importante destacar, como se mencionó en el juicio ordinario mercantil, que el término de prueba, el cual en este juicio no puede exceder de 15 días, abarca también el ofrecimiento, la admisión la preparación y el desahogo de las pruebas. Como se observa, el tiempo concedido es muy corto y obliga a efectuar el ofrecimiento respectivo a la brevedad posible” (Castillo, 1991, p. 89).

A mayor abundamiento, la doctrina reconoce que “la naturaleza jurídica del juicio cambiario es declarativa, como lo es el proceso monitorio, Tan tajante afirmación puede mantenerse si se parte de que se inicia por demanda sucinta, como la que iniciaba el juicio verbal; se inserta un embargo que, aunque espacial, no es ejecutivo sino preventivo; se despachará ejecución al finalizar el juicio cambiario” (Bonet, 2021, pp. 195-196). Y por ello no se desnaturaliza el proceso de ejecución; por el contrario se actúa en pro de las garantías judiciales.

6.5. En la clasificación típica de los medios probatorios: ¿declaración de parte, los documentos y la pericia responden a la mundaneidad de los hechos tecnológicos?

A la luz de no caer en la cosificación del derecho - en especial de los medios probatorios propuestos en un proceso de ejecución - y poder dar respuesta a la mundaneidad en la que es arrojado el sujeto de derecho, se debe replantear los medios probatorios que pueden ser anexados en un proceso único de ejecución.

Pues, la tecnología ha rebasado la realidad jurídica. Más aún si los medios tecnológicos constituyen nuestra extensión física y por la cual sociabilizamos en el mundo de los negocios de contenido patrimonial. Y los legisladores, magistrados, abogados y docentes no pueden cegarse a la realidad y deben hacer que el proceso de ejecución dé una respuesta

rizomática en que los medios probatorios dancen con la realidad y no se establezcan de forma jerárquica y limitada.

Es momento de pensar en las estatuas jurídicas en que hemos creído y que hasta la fecha son inamovibles, pues tal cual el mito de la caverna en que la luz es necesaria para poder sentar nuevos paradigmas en los procesos de ejecución única.

Por tanto: ¿Sólo se puede ejercer el derecho de defensa con medios probatorios típicos creados por el legislador y adorados por los pigmalionicos de los magistrados y doctrinarios del derecho?

Definitivamente que no. El derecho procesal limita incidir solo a 3 medios probatorios típicos, tales como: Los documentos, La declaración de parte, y la pericia; dejando de lado los testigos y la inspección judicial; y por si fuera poco también los medios probatorios atípicos.

La dicotomía cartesiana – Cognición vs. Ejecución – se encuentra presente en los procesos civiles contenciosos; ya que “la necesidad de otorgar a los títulos negociales una acción de ejecución, sin previo proceso de cognición, ejerció un papel decisivo para la autonomía de la acción de ejecución, sin embargo, los que piensan que la separación radical entre cognición y ejecución apenas se debe aquello, cometerían un serio equívoco. La influencia del racionalismo fue, tal vez, más decisiva para este resultado (...)” (Baptista, 2005, p. 227).

La espada de la justicia develada por el derecho a la defensa - tutela jurisdiccional – que tiene nuestro ordenamiento jurídico nos hace oscilar si se puede ampliar al ejecutado (deudor) los mecanismos de defensa (excepciones personales y excepciones cambiarias).

De cara a nuestra realidad, nadie niega de la seguridad jurídica del tráfico comercial, pues “en el sistema de los títulos de crédito, la circulación es la causa determinante de la creación del título (...)” (Ferri, 1982, p. 26). Pero, a costas de qué. Acaso, podemos cegarnos del derecho de la defensa irrestricta que debe tener el ejecutado (muchas veces la parte más débil de la relación jurídica).

El ejecutado puede contradecir con todas las herramientas que crea necesario y por eso no se va a entorpecer el proceso de ejecución, “esto quiere decir que las excepciones tienen por objeto desvirtuar o destruir el título ejecutivo, y como la destrucción de este implica una declaración de conocimiento que usualmente se produce dentro del llamado proceso ordinario, por ello se afirma que dentro del juicio ejecutivo las excepciones implican un momento de conocimiento (...)” (Mora, 1973, p. 219)

Conclusiones

1. Se ha determinado, que restringir el uso de las excepciones cambiarias en los procesos de ejecución única, sitúa al ejecutado en un estado de indefensión; toda vez que se le limita - taxativamente - a las causales de contradicción estipuladas en el artículo 690-D del Código Procesal Civil. Más aún, si en el citado artículo - en caso de no ajustarse el ejecutado a las causales previstas en la citada norma - se dispone rechazar liminarmente la contradicción.
2. Se ha establecido, que se vulnera la tutela jurisdiccional al no integrarse los enunciados normativos de la Ley de Títulos Valores (art. 19), al derecho procesal civil (art. 690-D). A mayor abundamiento, debe primar la especialidad en caso que se trate la ejecución de un título valor, para superar cualquier antinomia jurídica.
3. El ejecutado por lo general es la parte más débil de la relación jurídica procesal, y no puede concedérsele al ejecutado el plazo de 5 días. Por tanto, el ejecutado debe contar con mayor plazo para contradecir la ejecución; así como para interponer sus excepciones procesales o sus defensas previas, y asumir dicha postura no desnaturaliza el proceso de ejecución única.

Referencias bibliográficas

- Alzamora, M. (1974). *Derecho Procesal Civil (Teoría del Proceso Civil)*. Quinta edición. Lima, Perú: Tipografía SESATOR.
- Ariano, E. (2003). *Problemas del proceso civil*. Primera edición. Lima, Perú: Jurista Editores E.I.R.L.
- Ariano, E. (1998). *El proceso de ejecución (La tutela ejecutiva en el Código Procesal Civil Peruano)*. Primera edición. Lima, Perú: Editorial Rodhas.
- Balbin, A. (1980). *Ley de Títulos - Valores N° 16587 Concordancias - Jurisprudencia (Primera ed.)*. Lima, Perú: Tipografía SESATOR.
- Baptista, O. (2005). *Jurisdicción y ejecución (en la tradición romano - canónica)*. Primera edición. Lima, Perú: Palestra Editores S.A.C.
- Barrero, E. (2007). *La Excepciones Cambiarias*. Valencia, España: Editorial Tirant Lo Blanch.
- Beaumont, R., & Castellares, R. (2021). *En Comentarios a la Ley de Títulos de Valores (cuarta ed.)*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica S.A.
- Bergel, S. & Paolantonio, M. (1993). *Acciones y Excepciones Cambiarias (Tomo II)*. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Depalma Buenos Aires (Talleres Gráficos Edigraf S.A.
- Bulygin, E. (1961). *Naturaleza Jurídica de la Letra de Cambio*. Buenos Aires, Argentina: Abeledo-Perrot.
- Bonet, J. (2021). *Los Procedimientos Monitorios - Común, gastos de comunidad, cambiario, desahucios por falta de pago y de vivienda ocupada, europeo, crédito de abogado y procurador notarial - Segunda edición*. Navarra, España: Editorial Aranzadi, S.A.U.

- Castañeda, J. (1971). *Letra De Cambio, Pagaré y Cheque* (Primera ed.). Lima, Perú: Editorial Amauta.
- Castillo, L. (1991). *Juicios Mercantiles*. México, México: Editorial Harla S. A.
- Ferrero, A. (1980). *Derecho Procesal Civil. Excepciones*. Tercera edición. Lima, Perú: Editorial Ausonia – Talleres Gráficos S.A.
- Ferrero, A. (2017). *Derecho Procesal Civil. Excepciones*. Cuarta edición. Lima, Perú: Pacífico Editores S.A.C.
- Ferri, G. (1982). *Títulos de Crédito*. Segunda edición. Buenos Aires, Argentina: Editorial Abeledo Perrot S.A.E. e I.
- Freyre, H. (1978). *Del Juicio Ejecutivo – Decreto Ley 20236*. Lima, Perú: Tipografía SESATOR.
- Garrigues, J. (1987). *Curso de Derecho Mercantil*. Tomo III. Séptima edición. Bogotá, Colombia: Editorial Temis, S.A.
- Maisch von Humboldt, L. (1968). *La Letra de Cambio en la Nueva Ley Peruana (Estudio de Derecho Comparado)*. Lima, Perú: Editorial Universo S.A.
- Montoya, H. (2000). *Nueva Ley de Títulos Valores – Comentarios*. Segunda edición. Lima, Perú: Editorial Gaceta Jurídica S.A.
- Montoya, H. (2009). *Problemas en la emisión de títulos valores. Enfoque Jurisprudencial (Diálogo con la Jurisprudencia)*. Primera edición. Lima, Perú: Editorial Gaceta Jurídica S.A.
- Mora, N. (1973). *Procesos de Ejecución (Tomo I)*. Segunda edición. Bogotá, Colombia: Editorial TEMIS Ltda.
- Pérez, C. (2008). *El Proceso Ejecutivo*. Primera edición. Lima, Perú: Librería e Imprenta Esther S.C.R.L.
- Pino, R. (1984). *Ley N° 16587 sobre Títulos Valores (Primera ed.)*. Lima, Perú: Editorial Cultural Cuzco S.A.
- Pino, R. (1964). *Nociones de Derecho Procesal y Comento del Código y Procedimientos Civiles*. Tomo III. Lima, Perú: Tipografía Peruana S.A.
- Proto, A. (2018). *Lecciones de Derecho Procesal Civil*. Primera edición. Lima, Perú: Palestra Editores S.A.C.
- Von Büllow, O. (2008). *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales (traducción de Miguel Angel Rosas Lichtschein)*. Primera edición peruana. Lima, Perú: ARA Editores E.I.R.L.
- Williams, J. (1975). *La causa en los títulos de crédito (Acción causal y acción cambiaria)*. Segunda edición actualizada. Buenos Aires, Argentina: Editorial Abeledo – Perrot S.A.

Códigos:

- Congreso de la República. (1993). *Constitución Política del Perú*. Consultado: <https://www.congreso.gob.pe/Docs/constitucion/constitucion/index.html>
- Código de Enjuiciamientos en Materia Civil del Perú (1852). Ley de 7 de junio de 1851. Promulgado el 28 de julio de 1852. Perú: Imprenta del Gobierno, por Eusebio Aranda.
- Código Civil (2022). Decreto Legislativo N° 295. Promulgado el 24 de julio de 1984. Lima, Perú: Jurista Editores E.I.R.L.
- Código Procesal Civil (C.P.C.). Resolución Ministerial N° 10-93-JU. Promulgado el 08 de enero de 1993 (Perú). Consultado en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/01164.pdf>

Proyecto del Código de Enjuiciamientos en Materia Civil (P.C.E.M.C.). Ley de 9 de octubre de 1845. Promulgado el 16 de mayo de 1846 (Perú).

Ley de Títulos Valores (2010). Ley N° 27287 (Ministerio de Justicia). Promulgado el 19 de junio de 2000. Tercera Oficial. Lima, Perú: Editora Perú.

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Perú (s.f.) *Texto único Ordenado del Código Procesal Civil-Resolución Ministerial N°10-93-JUS*. Consultado el 29 de Noviembre de 2023. <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H682685>

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Perú (s.f.) Ley de Títulos Valores. Consultado el 12 de diciembre de 2023, en: https://spijweb.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2020/08/LEY_27287.pdf

Diccionarios:

Alcaraz, E.; Hughes, B.; & Campos, M.A. (2012). Diccionario de términos jurídicos. A Dictionary of legal terms. 11.ª edición actualizada. Barcelona, España: Editorial Ariel (Editorial Planeta, S. A.)

Couture, E. (2017). Vocabulario Jurídico. 4ª edición actualizada y ampliada por Ángel Landoni Sosa. Buenos Aires, Argentina: Editorial Montevideo – Buenos Aires (BdeF)

Asociación Henri Capitant. (1995). Vocabulario Jurídico (publicado bajo la dirección de Gérard Cornu). 2ª edición. Santa fe de Bogotá, Colombia: Editorial Temis S.A.

Monroy, J. (2013). Diccionario Procesal Civil. Primera edición. Lima, Perú: Editorial Gaceta Jurídica S.A.

Notas al final

1 El mismo maestro Jorge Eugenio Castañeda reproduce el citado artículo 1993 del código civil italiano: "Excepciones oponibles. – El deudor puede oponer al poseedor del título solamente las excepciones personales a éste, las excepciones de forma, las que se fundan en el concepto literal del título, así como aquellas que dependan de falsedad de la propia firma, del defecto de capacidad o de representación en el momento de la emisión, o de la falta de las condiciones necesarias para el ejercicio de la acción".

"El deudor puede oponer al poseedor del título las excepciones fundadas sobre las relaciones personales con los anteriores poseedores, solamente si, al adquirir el título, el poseedor ha obrado intencionalmente en daño de dicho deudor" (Castañeda, 1971, p. 48)

2 Actualmente derogado.

3 Consultado en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/01164.pdf>, p. 132.

4 El resaltado es propio.

