

# SAPIENTIA & IUSTITIA

REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS  
DE LA  
UNIVERSIDAD CATÓLICA SEDES SAPIENTIAE

AÑO 2 N. 3





## Contenido

<b>Heroísmo de la voluntad: la dignidad humana y la recuperación del sentenciado en el método APAC</b> <i>Gilmar Siqueira, Lafayette Pozzoli y Rogério Cangussu Dantas Cachichi</i> .....	5
<b>Doctrina Social de la Iglesia Católica: Trascendencia y Derecho en el concepto de la dignidad humana</b> <i>Adão de Souza Pires, Lafayette Pozzoli y Gilmar Siqueira</i> .....	27
<b>Las condiciones carcelarias en el Perú afectan los derechos fundamentales. A propósito de la COVID – 19</b> <i>Juan Diego Castilla Zuñiga</i> .....	51
<b>Política criminal flexible como respuesta a la crisis de hacinamiento carcelario durante la emergencia sanitaria por COVID-19</b> <i>Camilo Andrés Maiguel Donado, Elías Jacob Barrios Márquez y María Genobelia Medina Turizo</i> .....	73
<b>El hacinamiento en las cárceles del Perú afecta la dignidad humana. A propósito del D.L. 1513 y la COVID-19</b> <i>Moisés N. Paz Panduro</i> .....	91
<b>Las audiencias virtuales</b> <b>Análisis de sus ventajas y limitaciones en la práctica de pruebas testifical, pericial y la declaración del imputado</b> <i>Reyler Rodríguez Chávez</i> .....	115
<b>Acerca de la naturaleza jurídica de los derechos de autor</b> <i>Erick Daniel Varas Rodriguez</i> .....	127
<b>El control ex post de operaciones de concentración. Análisis legal, ventajas y condiciones para su implementación</b> <i>Dario Morales Herrera y Fernando Ballon Estacio</i> .....	151



# HEROÍSMO DE LA VOLUNTAD: LA DIGNIDAD HUMANA Y LA RECUPERACIÓN DEL SENTENCIADO EN EL MÉTODO APAC\*

*Gilmar Siqueira\*\**  
*Universidade Federal do Pará – UFPA, Brasil*  
gilmarsiqueira126@gmail.com

*Lafayette Pozzoli\*\*\**  
*Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC, Brasil*  
lafayette@lafayette.pro.br

*Rogério Cangussu Dantas Cachichi\*\*\*\**  
*Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, Brasil*  
rogeriocangussu@gmail.com

**Resumen:** El objetivo del método APAC es preparar a las personas que cumplen una condena criminal para la reintegración en el seno de la sociedad tras el cumplimiento de la condenación. Lo que se mostrará en este artículo es que la dignidad humana, la responsabilidad, el arrepentimiento y la esperanza son elementos fundamentales en la vida

---

\* La abreviatura proviene de Asociación de Protección y Asistencia a los Condenados. Consiste en un sistema humanizado de cumplimiento de pena llevado a cabo por un método, cuya aplicación se da desde hace más de cuarenta años en Brasil. Está basado en doce fundamentos: 1, la participación de la comunidad; 2, el recuperando ayuda al recuperando; 3, el trabajo; 4, asistencia jurídica; 5, asistencia a la salud; 6, el voluntario y su formación; 7, valorización humana; 8, espiritualidad; 9, jornada de liberación con Cristo; 10, el mérito; 11, centro de reintegración social – CRS; 12, la familia.

\*\* Es doctorando en Derecho por la Universidad Federal de Pará y magister en Derecho por el Centro Universitario Eurípides de Marília - UNIVEM.

\*\*\* Es postdoctor en Filosofía del Derecho y del Estado por la Universidad “La Sapienza” (Roma, Italia). Doctor y magíster en Filosofía del Derecho por la PUC/SP. Es profesor y fue jefe de Gabinete en la PUC-SP. Abogado. Consultor evaluador del INEP/MEC para Cursos Jurídicos. Líder del Grupo de Investigación - GEDs “Direitos Fundamentais à Luz da Doutrina Social” – Derecho y Fraternidad – PUC-SP. Miembro del Consejo Editorial de la Revista EM TEMPO y de las editoriales Letras Jurídicas y Instituto Memória. Fue profesor asistente en el Curso de Teoría General del Derecho, ministrado por el saudoso Profesor André Franco Montoro - Postgrado PUC-SP.

\*\*\*\* Es magíster en Derecho por el Centro Universitario Eurípides de Marília – UNIVEM/Fundação. Graduado en filosofía (UEL). Miembro del grupo de investigación “GP CERTOS y Políticas Públicas” (UENP), asignado al Directorio de Grupos de Pesquisas del CNPq. Juez Federal de la Subsección Judicial de Jarecinho/PR (Brasil).

humana. Para tal objetivo, se analizará primeramente el ejemplo de Ramón, personaje de la novela *La fiel infantería*. Partiendo de él, se buscará ver lo que el filósofo José Ortega y Gasset entiende por heroísmo en la voluntad humana. Seguidamente, se abordará la dignidad humana y la posibilidad de despersonalización en un diálogo entre Ortega y Julián Marías. Para terminar, se verá cómo el método APAC, mediante el reconocimiento de la dignidad humana y con estímulo al heroísmo de la voluntad, promueve la plena recuperación de las personas condenadas. Tal recuperación ocurre cuando el ser humano es valorado en todas sus dimensiones y se convierte en protagonista de la propia vida en el ejercicio de la voluntad heroica.

**Palabras clave:** Método APAC, dignidad humana, resocialización, literatura.

### **HEROISM OF THE WILL: HUMAN DIGNITY AND THE RECOVER OF THE PRISONER IN THE APAC METHOD**

**Abstract:** The purpose of the APAC method is to prepare people who are serving a criminal sentence for reentry into society once the sentence has ended. What will be shown in this article is that human dignity, responsibility, regret and hope are fundamental elements in human life. For this, the example of the character Ramón, from the novel *La Fiel Infantería*, will be analyzed first. From it, we will try to see what the philosopher José Ortega y Gasset understands by heroism in the human will. Then it will deal with human dignity and the possibility of depersonalization in a dialogue between Ortega and Julián Marías. Finally, it will be seen how the APAC method, through the recognition of human dignity and encouraging the heroism of the will, promotes the recovery of prisoners. Such recovery occurs when the human being is revalued in all its dimensions and discovers how to become the protagonist of his own life in the exercise of the heroic will.

**Keywords:** APAC method, Human Dignity, Resocialization, Literature.

## **1. Introducción**

El objetivo del método APAC es preparar a las personas que cumplen una condena criminal para la reintegración al seno de la sociedad tras el cumplimiento de la condena. Tal resocialización del condenado —que, en el método APAC, se convierte en *recuperando*— será consecuencia de una perspectiva y un tratamiento más profundamente humano, es decir, mediante la conciencia que la persona adquiere de la responsabilidad de

sus actos y de la necesidad de asumir dicha responsabilidad. Esa conciencia deviene del reconocimiento de la dignidad humana de las personas condenadas.

Lo que se mostrará en este artículo es que la dignidad humana, la responsabilidad, el arrepentimiento y la esperanza son elementos fundamentales en la vida humana. Para cumplir dicho objetivo, se verá primero el ejemplo Ramón, personaje de la novela *La fiel infantería*, de Rafael García Serrano. Partiendo de él, se intentará ver qué es lo que el filósofo José Ortega y Gasset entiende por heroísmo en la voluntad humana y cómo es la voluntad la que engendra la tragedia —en un sentido que se desarrollará a lo largo de esta investigación— para la vida humana.

En la segunda parte del artículo, el heroísmo de la voluntad será relacionado expresamente al concepto de dignidad humana para que se entienda cómo la libertad y la responsabilidad son manifestaciones de la dignidad intrínseca a la persona humana. Seguidamente, se analizará la estructura dramática de la vida humana como elemento complementario a la dignidad, o sea, la persona será vista en cuanto dotada de dignidad intrínseca y también de responsabilidad ante la propia vida. La dignidad humana sufre de un menoscabo cuando tiene lugar el proceso de despersonalización.

Finalmente, se verá cómo el método APAC, mediante el reconocimiento de la dignidad humana y por medio del estímulo al heroísmo de la voluntad, promueve la plena recuperación de las personas condenadas. Tal recuperación ocurre cuando el ser humano es valorado en todas sus dimensiones y se convierte en protagonista de la propia vida en el ejercicio de la voluntad heroica.

## 2. José Ortega y Gasset y el heroísmo de la voluntad

Hay más de un medio para explicar una idea y exponerla en una investigación académica como esta. Uno de ellos es el de explicar antes la idea para, en seguida, ilustrarla con algún ejemplo. De esta manera, se podría en este artículo empezar por la exposición de lo que José Ortega y Gasset entiende por heroísmo —tal como aparece en el título de este apartado— para más adelante ofrecer un ejemplo concreto coherente con la teoría del autor español.

Sin embargo, aquí se tomará otro cauce: primero será presentado un ejemplo con el fin de que *a posteriori* se entienda la teoría de Ortega y Gasset. El ejemplo de este trabajo será el personaje Ramón, de la novela *La fiel infantería*, del escritor español Rafael García Serrano. Ramón, combatiente voluntario en la Guerra Civil, tenía por modelos a los grandes héroes de la historia: anhelaba él mismo ser grande para que así pudiese construir algo grande.

A los veintidós años, Ramón se erguía en protagonista y con sus manos amasaba desde años atrás rojo pan de historia. Era justo, pues, ordenar el fuego interior para una gozosa serenidad del bosque que le diese en la vereda paso firme y frente alta. Ramón vivía convencidísimo de que Dios pensaba en él cada minuto, porque también oía en sí mismo el brote de su destino. Ignoraba Ramón que los mozos así, altaneros, taciturnos, predestinados, suelen morir modestamente; que la peor señal de malogro es oír demasiado el crujido de la hierba interior. Con su pequeño historial, su historial único, y el tiempo por compañero, su nombre le sonaba a maravilla. (1964, p. 533)

En la descripción de la personalidad de Ramón el narrador anticipa su circunstancia, aunque en tono de alerta. Ramón aborrecía la idea de que un soldado muriese sin sus botas: tal era el símbolo para la muerte fuera del campo de batalla, indigna de un soldado —“Bienaventurados los que mueren con las botas puestas”, dijo Ramón (1964, p. 589)—. Ese Ramón visionario llegó a los veintitrés años a lo largo del conflicto en que tomó parte. Como pensaba tanto en la gloria, abominaba que los españoles tomaran como ejemplo a Don Quijote – un derrotado, según él:

Ha de prohibirse por decreto la menor simpatía hacia Don Quijote apaleado; que la sienta solamente ese atajo de estúpidos que nos atontan a fuerza de hablar de imperios espirituales. Al chirrión los imperios espirituales. Nosotros queremos tierra de todos los colores y ríos azules y mares verdes, bien poblados de destructores: sultanes, caídes, reyezuelos, caciques, la gran especie del petróleo, el mundo. El dominio sobre los demás y en la cima el Emperador. (1964, p. 537)

Ramón quería que todos supieran por qué luchaban, por qué motivos arriesgaban sus vidas en el campo de batalla. Él conocía bien sus razones. A pesar de ser grandilocuente consigo mismo, era humilde y bondadoso con los demás soldados. Y, tal como anhelaba, era también valeroso en la pelea. Pero Ramón pensaba que el honor y la gloria —o heroísmo— de alguna manera ya le pertenecían; pensaba que su generación tenía un privilegio especial de construir algo bueno, algo nunca antes visto —y algo justo— para todos. Ramón creía que ya realizaba aquello mismo con que soñaba. Sin embargo, después de un triunfo militar, Ramón tuvo que ser conducido al hospital: sin ninguna herida de guerra, había caído ante la tuberculosis.

De tren a tren va la vida y aunque para un soldado partir no es morir un poco, sino vivir del todo, en aquél momento Ramón pensaba que se moría a chorros,

generosamente, sin que la muerte le correspondiese con el honor de reservarle una hermosa ocasión de decir adiós al mundo que amaba. Todo se ha acabado con el tren maldito porque —señal de piedra blanca— por vez primera comprueba Ramón que la dificultad, que la adversidad no sólo no le sorprende sonriente, sino que le desbarata el menor intento de alegría. Y donde no hay alegría, no hay soldado, y donde no hay soldado, no hay hombre. Queda, apenas, un pellejo fundado en huesos que va dejándose la sangre por el sendero, sin que el enemigo —eso, sobre todo— haya dado origen a la hemorragia. Es lo mismo que si no hubiese guerra. (1964, p. 580)

Al imaginarse ya un héroe y hasta luchar para concretizar dicho heroísmo, Ramón llegó a creer que lo era ya, que sus pasos —aunque primarios— lo ponían casi al mismo nivel que sus tan admirados héroes del pasado. Por ello, descubrir una tuberculosis, una herida no causada por el enemigo, era para él un sufrimiento tan grande: además de física, era una herida en su orgullo. Ramón no pensó que muchos otros soldados, tan valerosos y sinceros como él mismo, también podrían caer víctimas de enfermedades en medio de las trincheras. Semejante muerte sería, para Ramón, una “muerte indigna”.

Las últimas veinte páginas de la novela describen la enfermedad y muerte de Ramón. Hay dos escenas bastante simbólicas que ilustran la honda tristeza y rebeldía del personaje ante su destino adverso: en la primera lo están llevando, en tren, hasta el hospital de la convalecencia cuando aparecen otros soldados —heridos de guerra— y Ramón les tiene envidia (García Serrano, 1964, p. 585); en la segunda escena, Ramón, ya en el hospital, pone los ojos en otro herido con uno de los brazos amputados y lo ve abrazar a su novia por la cintura con el brazo que le quedaba: “Esteban puede hacerlo, porque está herido y su boca no mancha” (1964, p. 593). Ramón creíase menos que los heridos y se humillaba con los propios pensamientos. Su muerte era segura.

Pero Ramón, Ramón predestinado, Ramón superior, Ramón gibelino, Ramón litigando ante el Dios de los acampados, Ramón alférez, Ramón con su historia, Ramón ha llegado ya —piensa, desobedeciendo al médico—. Ya no duda, ya no se desespera ya no es altanero: ya sólo es un resignado. Lo que jamás hubiese querido ser: un resignado. Algo así como un vencido que no se rebela, que cierra los ojos y codicia el mazazo definitivo. (1964, pp. 591-592)

El heroico Ramón entendía la resignación como una debilidad más: la debilidad de los que no pueden luchar, entre los cuales se encontraba él mismo. Ramón acabó despreciándose a sí mismo con esa rebeldía amarga: fue del heroísmo y de los grandes

sueños a la autocompasión llena de encono. En los postreros momentos, cuando intentó hacer la señal de la cruz, no tuvo fuerzas y la mano se le cayó encima del rostro en un gesto que parecía avergonzado (García Serrano, 1964, p. 594). Ramón murió como Alonso Quijano: en la cama. Pero, ¿Ramón habrá sido, por lo menos en algún sentido, un héroe? Esto es lo que se intentará ver desde ahora. Para esto, hay que traer a la discusión el concepto de heroísmo de José Ortega y Gasset:

...pero es un hecho que existen hombres decididos a no contentarse con la realidad. Aspiran los tales a que las cosas lleven un curso distinto: se niegan a repetir los gestos que la costumbre, la tradición, en una palabra, los instintos biológicos les fuerzan a hacer. Estos hombres llamamos héroes. Porque ser héroe consiste en ser uno, uno mismo. Si nos resistimos a que la herencia, a que lo circunstante nos impongan unas acciones determinadas es que buscamos asentar en nosotros, y solo en nosotros, el origen de nuestros actos. Cuando el héroe quiere, no son los antepasados en él o los usos del presente quienes quieren, sino él mismo. Y este querer él ser él mismo es la heroicidad. (2016, pp. 80-81)

El heroísmo entonces, para Ortega, reside en la voluntad: no en una voluntad demiúrgica que crea una sucesión de conceptos abstractos, sino en una voluntad que ante todo es la voluntad de resistir. El héroe resiste e incluso se queja como en los versos de Antonio Machado: “¡Qué difícil es/ cuando todo baja/ no bajar también!” (2001, p. 420). Su lucha es por conservarse a sí mismo, para no hacerse esclavo del ambiente, de las circunstancias y mucho menos de otras personas. “La raíz de lo heroico hállase, pues, en un acto de voluntad”, lo ha resumido Ortega y Gasset (2016, p. 83).

Es la voluntad de ser mejor, de madurar con autenticidad en un medio que tal vez intente impedir esa madurez. Para el que tenga la voluntad heroica señalada por Ortega, por lo tanto, la vida será una lucha. La agonía de la persona consistirá en que, a pesar de su voluntad de querer afirmarse, habrá fuerzas dispuestas a paralizarla y quitarla de su camino. Por esa razón insiste Ortega todavía en otro punto importante: la voluntad heroica es la génesis de la tragedia:

La voluntad —ese objeto paradójico que empieza en la realidad y acaba en lo ideal, pues solo se quiere lo que no es—, es el tema trágico, y una época para quien la voluntad no existe, una época determinista y darwiniana, por ejemplo, no puede interesarse en la tragedia. (2016, p. 83)

Esto es importante: la voluntad engendra la tragedia, porque solamente se anhela ser lo que todavía no se es. La voluntad, por tanto, mediante la imagen de una vida mejor, de alguien que se quiere ser, moverá a la persona a luchar contra todo aquello que, en su circunstancia, intente alejarla de la imagen; pero la lucha suele ser difícil y no pocas veces la circunstancia adversa parecerá vencer. He aquí el núcleo de la tragedia. Para esa concepción de Ortega, el héroe no fue tirado a una situación en la que no pudo actuar; todo lo contrario: por su propia voluntad ha deseado un objetivo por el que merecía la pena arriesgarse y así aceptó la lucha.

Aquí es menester regresar al personaje Ramón: aunque no se haya dicho al principio de este artículo, en su vida universitaria, Ramón era algo frívolo y no se interesaba demasiado por los grandes problemas. La guerra, sin embargo, lo despertó a otra realidad. Así pudo ver en la construcción de una comunidad mejor y en la victoria sobre el campo objetivos que valían por toda una vida, objetivos que él podría perseguir. Y los persiguió: Ramón luchó, formó amistades y fue valeroso. Pero, habiendo hecho todo esto, ¿por qué todavía murió resentido? Ortega y Gasset lo responde:

De querer ser a creer que se es ya va la distancia de lo trágico a lo cómico. Este es el paso de la sublimidad a la ridiculez. La transferencia del carácter heroico desde la voluntad a la percepción causa la involución de la tragedia, su desmoronamiento, su comedia. El espejismo aparece como tal espejismo. (2016, p. 87)

Cuando Don Quijote fue recibido pomposamente en el palacio de los duques, el narrador cuenta que “...aquél fue el primer día que de todo en todo conoció y creyó ser caballero andante verdadero, y no fantástico...” (Cervantes, 2005, p. 1079). Sin embargo, los duques le recibieron como caballero para burlarse de él. Era una situación patética.

Se considera patética la situación del que, siendo muy poca cosa y con valores muy limitados, cree que es una maravilla de enorme importancia; pienso que es más aún la del que está persuadido de su mínima realidad pero arrastra la imagen de un personaje eminente y extraordinario. (Marías, 1994, p. 120)

Y la burla es más melancólica y dura precisamente porque Don Quijote creía que recibía los honores de caballero andante. Tal episodio tiene íntima relación con las palabras de Ortega que aparecen en la citación anterior: en aquel momento Don Quijote dejó de pensar que era un caballero andante y empezó a verse como uno. De ese modo, la tragedia se transmutó en comedia: cuando el héroe —en el sentido de Ortega— piensa

que ya es totalmente quien quiere ser, sin margen alguna para evolucionar, abandona la realidad y pasa a creer en el espejismo.

Cuando el ideal deja de mover a la voluntad y se convierte en fantasía, cesa la razón de la lucha: el iluso pensará que ya es aquello que quería ser. Y exigirá el tratamiento correspondiente: en el caso de Ramón, recibir laureles y una muerte en combate, digna de un héroe. Ramón tenía ideales e intentó conquistarlos: pero tenía también un concepto de sí —un espejismo o fantasía— demasiado alto; si al fin de cuentas ya era un héroe, merecería un gran premio, o por lo menos lo que él suponía ser ese gran premio: el honor de morir en combate. Cuando, sin embargo, fue derribado por la tuberculosis, luego sacó la conclusión contraria: si los héroes se morían en combate —con las botas puestas— y él se moría en la cama, entonces él no era ningún héroe. Ramón pasó desde la exaltación de la propia imagen al más terrible desprecio de sí mismo.

La fortaleza supone vulnerabilidad; sin vulnerabilidad no habría siquiera la posibilidad de la fortaleza. Un ángel no puede ser fuerte, porque no es vulnerable. Ser fuerte significa tener la capacidad para recibir una herida. El hombre puede ser fuerte porque puede ser herido. (Pieper, 2018, p. 152)

Ramón podía ser herido. Contaba, por cierto, con que un héroe debía de morir así. Pero Ramón no tenía la virtud de la fortaleza porque no pensaba que la enfermedad y que la fragilidad eran partes de la naturaleza humana. Al verse como un héroe de guerra, se le olvidó que la humanidad —tanto la suya como la de sus prójimos— también es hecha de debilidad; y dicha debilidad, cuyo reconocimiento se da por la humildad, presupone el heroísmo de la voluntad del que habló Ortega y Gasset.

Si la voluntad es alimentada por la idea de lo que todavía no se es, pero que se anhela ser, entonces es menester tener paciencia y humildad de reconocer la debilidad presente a fin de no disminuir el objetivo ni la imagen deseada. Don Quijote, en el palacio de los duques, cayó en ridículo; Ramón, en una cama de hospital, cayó en el desprecio de sí mismo. La tragedia del heroísmo de la voluntad es una lucha que, cuando es verdadera, se extiende por toda la vida. El héroe no se ve mejor que los demás, sino como alguien que todavía no logró mejorar, como alguien todavía amenazado por todo que parece intentar derribarlo.

### **3. La dignidad humana y la voluntad heroica**

La voluntad heroica, como se ha visto en la primera parte de este artículo, es la que engendra la circunstancia trágica para la persona: aunque ella reconozca y desee una vida

mejor de la que tiene, aunque quiera ser una persona mejor de lo que es, para que esto sea posible tendrá que luchar contra todo aquello que de alguna manera intente impedir la mejoría. Dicha batalla es esencialmente humana y muestra el grado de dramaticidad existente en la vida de todas las personas: las posibilidades heroica, patética e incluso de entrega y rendición son comunes a todos. Así se puede entender que la dramaticidad de la vida humana es uno de los elementos reveladores de la dignidad humana:

...en el fondo se trata de tener conciencia de la dignidad objetiva de la persona humana, de que el hombre no puede ser tratado al arbitrio del poder y de la sociedad, porque es objetivamente un ser digno y exigente, portador de unos derechos en virtud de su dignidad, reconocidos, pero no otorgados por la sociedad. (Hervada, 1993, p. 655)

El principio de la dignidad humana reconoce algo que es característico de todas las personas. Pero no establece nada, es decir, no crea una convención denominada dignidad que, una vez positivada, debe ser aceptada por todos. La dignidad humana permanecería aunque no estuviese positivada. Cabe señalar que el principio de la dignidad de la persona humana aparece en el Título I de la Constitución Federal de Brasil del año 1988 (todavía vigente), en su artículo 1.º:

A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

- I - a soberania;
- II - a cidadania;
- III - a dignidade da pessoa humana;
- IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
- V - o pluralismo político.

Como no existe determinación específica para la aplicación de dicho principio, se puede comprender que el artículo 3.º presenta algunos ejemplos de derechos que garantizan la dignidad de la persona humana. “Nessa seara, não há de olvidar-se que estamos diante de um rol meramente paradigmático que o legislador apresentou para nortear o que deve entender a hermenêutica jurídica no tocante a dignidade humana” (Pozzoli & Toledo, 2017, p. 180). La dignidad de la persona humana no consiste sencillamente en un atributo positivo, es decir, no nace de la legislación, sino todo lo contrario: el reconocimiento de la dignidad de la persona humana por parte de la Constitución Federal de Brasil existe

porque el ser humano tiene dignidad desde su origen y la supresión de tal dignidad es un riesgo que la Constitución brasileña buscó expresamente evitar. Como señalan Pozzoli y Rodrigues de Toledo:

Tendo como referência a dignidade do ser humano é fácil identificar seu critério subjetivo, já que cada ser humano possui sua própria dignidade, não perante o Estado, mas perante sua sociedade, o que assim, passa a ter, a dignidade humana, valor em ‘pé de igualdade’ à vida do homem, vez que, um não tem sentido sem o outro. (2017, p. 181)

No siendo la dignidad humana un derecho, “mas um atributo intrínseco a todo ser humano” (Pozzoli, Scarmanhã & Cachichi, 2019, p. 166), tiene ella status ontológico y su reconocimiento por parte del Estado —o de cualquiera que sea el modo de organización de la comunidad política— es imprescindible para que la misma dignidad no sea menoscabada ni convertida en un medio para fines políticos prácticos y temporales. Aunque sea posible la divergencia en su fundamento —si trascendente o immanente— es menester por lo menos el reconocimiento de su existencia. Solo una persona digna puede tener la posibilidad heroica de arriesgar a elevarse sobre todo aquello que la arrastra hacia abajo, sobre un determinismo fallido y una vida disminuida. Julián Marías llama la atención, por ejemplo, para el riesgo de la disolución en lo social:

Otra forma de atenuación de lo propiamente personal es la disolución en lo social, la subordinación del individuo a un grupo condicionante, por ejemplo, la tribu, fuera de cuyas vigencias compactas queda un limitado espacio libre para la persona como tal. En un grado menor, pero posible en condiciones históricas superiores, y que llegan a nuestros días, la persona puede estar «perdida» en una red de relaciones impersonales. A veces esto no es forzoso, pero se busca por huir de la soledad; esta es inseparable de la condición personal, la acompaña siempre; y a la vez es la soledad la que hace posible toda auténtica compañía. (1997, p. 26)

Tal disolución puede ocurrir cuando la persona se disminuye: tanto por la propia voluntad como por la presión social —los dos elementos, incluso, pueden caer sobre ella concomitantemente—. Entonces es como si la persona se abstuviese de su status personal y digno para cumplir determinadas reglas y sentirse abarcada —diluida— en una totalidad más grande. Así acaba por renunciar a la tan temida tragedia de tener que luchar contra las circunstancias adversas; pero, al mismo tiempo, renuncia también al protagonismo de su vida y anula la realización de su dignidad (la realización puede ser

anulada, aunque la dignidad permanezca existiendo precisamente por su status ontológico en la persona). “Além disso, a dignidade deve ser subentendida por se mostrar como a mais importante valoração inerente a qualquer pessoa humana” (Razaboni Jr., Leão Jr. & Sanches, 2018, p. 148).

Em uma convivência humana bem constituída e eficiente é fundamental o princípio de que cada ser humano é pessoa, isto é, natureza dotada de inteligência e vontade livre. Por essa razão, possui em si mesmo direitos e deveres, que emanam direta e simultaneamente de sua própria natureza. São direitos e deveres universais, invioláveis e inalienáveis. (Pozzoli & Toledo, 2017, p. 185)

Tales derechos y deberes pueden ser entendidos también como siendo de la persona para consigo misma. Al mismo tiempo en que reconoce su dignidad intrínseca, la persona se encuentra ante un desafío: el de no entregarse a las circunstancias adversas. Entonces esa dignidad parece traer una obligación a la persona, una responsabilidad con su proyecto de vida y la potencial dificultad de la circunstancia trágica en el caso de tomar el riesgo de intentar realizarse.

Aquí aparece un elemento de lo personal que me parece relevante: la necesidad. A lo estrictamente personal no se puede renunciar sin dejar de ser uno mismo. Esta necesidad ha de conjugarse con la libertad – una paradoja más en esta realidad tan paradójica y que obliga a rehacer la «ontología». La libertad es el fondo de la persona que se es, y el que arriesga u ofrece su vida por motivos personales ejecuta un acto libre y necesario a la vez, en el que se descubre como quien verdaderamente es. La impresión que se expresaría en la fórmula «a pesar de todo» da la clave de esta dimensión de lo personal. (Marías, 1997, p. 30)

“A pesar de todo” es, como señaló Julián Marías, una expresión importante para comprender la dimensión personal de la vida humana: la libertad no es abstracta ni tampoco irrestricta; ella puede incluso implicar sacrificio y entrega a un objetivo o a otra persona a quien se ama, siempre y cuando quien haga dicho sacrificio esté consciente de su necesidad para la propia realización. Una vez más, es menester evocar el concepto de heroísmo de la voluntad tratado en el apartado anterior: la voluntad necesita luchar en contra de la adversidad de las circunstancias para que la persona por lo menos intente realizar el proyecto vital anhelado. El proyecto es autorreferencial, en el sentido de que cada persona puede percibirlo e intentar realizarlo. Aunque fracase por coacción externa —ya dentro de la circunstancia trágica— la persona sentirá que fracasó (como el personaje

de Ramón) por su propia culpa, especialmente si es veraz al punto de percibir el poco esfuerzo emprendido para realizar su voluntad.

Pero hay que añadir que ese balance, esa impresión aterradora de «no he vivido», se hace desde dentro de la vida, por muy escaso que sea el tiempo disponible; y, por no tratarse de una cosa definida por una naturaleza fija, sino por una libertad ilimitada, esa final impresión se puede modificar y hasta invertir: cabe una torsión que, desde la persona que se es, transforme la vida y la ponga a una luz nueva, aunque sea el último momento. (Marías, 1997, p. 29)

La dignidad humana, por lo tanto, cuando es comprendida en su contexto ontológico y total en la persona, se revela como rica en posibilidades cuyas manifestaciones pueden darse desde el fracaso existencial hasta la lucha heroica en contra de la circunstancia trágica que intenta disminuir a la persona y *quien* ella desea ser. El aspecto dramático de la vida humana y ese punto de vista de la voluntad heroica escrito por José Ortega y Gasset son algunas de las manifestaciones de la dignidad humana que, aunque necesiten ser encontradas en cada vida personal, poseen rasgos comunes y por ello pueden ser comprendidas por todas las personas.

#### **4. Despersonalización: renuncia y atenuación de la dignidad humana**

Para que se comprenda la vida humana en su totalidad, incluidas especialmente su dignidad intrínseca y la responsabilidad que es consecuencia de tal dignidad, un ejemplo literario como el visto en este artículo es de suma importancia. La literatura da forma artística a las distintas posibilidades humanas y, dentro de esa misma forma, hace que tales posibilidades sean cercanas a todas las personas.

...los ojos del artista en algo han de distinguirse de los del hombre vulgar, y su distinción consiste en ver, como entre sombras y figuras, lo mismo que el filósofo alcanza por procedimientos discursivos, es decir, la médula de las cosas, y lo más esencial y recóndito de ellas. De donde procede que los grandes personajes creados por el arte (que a su manera es creación; y perdonen Zola y sus secuaces) tienen una vida mucho más palpitante y densa que la mayor parte de los seres pálidos y borrosos que vemos por el mundo. (Menéndez-Pelayo, 1908, p. 369)

La densidad de los personajes literarios tiene como resultado que a los ojos del lector ellos aparezcan con mayor claridad. Así puede el lector mirar hacia la propia vida, compararla a la del personaje y tomar también para sí algo de la forma figurada por el

autor. Las vidas ficcionales interesan tanto porque son dramáticas: todo lo que se dice en una obra de arte literaria no es producto del acaso ni mucho menos de algún capricho del autor, pero tiene un sentido interno que permite una comprensión más profunda del personaje.

Y además de todo esto, la vida del personaje imaginado, que es creación espiritual, ofrece por eso mismo una máxima transparencia al pensamiento y permite sumergirse en ella hasta lo más hondo, sin tropiezo con la esencial opacidad de lo real. Ya veremos más adelante la importancia y la fecundidad que esto tiene. La historia de ficción, sin mezcla con la realidad en el sentido de las cosas, muestra el puro ejemplo del drama humano y a la vez la mayor adecuación y homogeneidad con el espíritu que intenta penetrarlo. Especialmente, claro es, cuando se trata de penetrarlo imaginativamente, al crearlo. Significa proyectarse fuera, en ajena desnudez transparente, a sí propio. (Marías, 1950, p. 38)

Una identificación considerable solamente es posible porque se encuentra en el personaje literario algo muy semejante a la vida real, es decir, el personaje piensa, siente, actúa y también tiene sus motivaciones. Las estructuras de las narraciones ficticias son dramáticas, como lo es la propia vida humana: “La vida humana tiene carácter *dramático*, porque no es una serie de actos o hechos, sino que *acontece* en la forma de que *algo acontece a alguien*” (Marías, 1994, p. 22).

En el ejemplo de este artículo, se puede ver cómo el personaje Ramón concibió un proyecto de vida para sí y, a la vez que intentaba concretizarlo, terminó presa de la fantasía de que ya lo había realizado: como Don Quijote en el palacio de los duques. “La vida humana es *futuriza*: está orientada o proyectada hacia el futuro. Es anticipación de sí misma; por tanto, imaginación rica detallada de algo que no existe pero que se ve como *porvenir*” (Marías, 1994, p. 17). La idea del porvenir es también esencial al proyecto humano maduro; es esencial porque la persona espera construir, espera llegar a ser, aquello —o mejor, *quien*— todavía no es.

A partir de la lección de Ortega, se ha percibido que el personaje Ramón llegó a creer que ya era un héroe y de esa manera renunció a la lucha: pasó de la conciencia de la circunstancia trágica a la comedia de huir de la propia realidad. Por su falta de madurez, Ramón desconsideró el elemento de irrealidad que también es intrínseco a la vida humana:

La persona, por su irrealidad, inseguridad y contingencia, es lo más vulnerable, pero con un núcleo invulnerable, precisamente porque nunca está «dada»: no se puede decir de ella «esto es», porque «está siendo», «va a ser», sin límite

conocido. Consiste en innovación, siempre puede rectificar, arrepentirse, volver a empezar, en suma, renacer. (Marías, 1997, p. 17)

Cuando se habla de la dignidad humana, se suele pensar en ese núcleo intocable —o invulnerable como lo ha llamado Julián Marías— que no debería ser amenazado por el Estado ni mucho menos por las demás personas. Semejante discusión, claro está, es bastante importante. Los abusos a los derechos humanos permiten que el tema siempre regrese y es menester que lo sea así. Sin embargo, por lo que se discute en este trabajo, hace falta analizar todavía la dignidad humana bajo otro aspecto: el de su responsabilidad. Eso no significa que el primer aspecto, el de la invulnerabilidad, sea contrarrestado en esta discusión; por el contrario: tratar de la responsabilidad que trae la dignidad brinda al núcleo de la persona una dimensión aún más profunda.

La responsabilidad oriunda de la dignidad humana clama para que cada persona pueda estructurar su vida e intentar realizarse: fue lo que hizo Ramón. Como señaló Ortega, la voluntad heroica significa el vislumbre de algo mejor para sí y el consecuente esfuerzo para llegar a este punto; es el esfuerzo de la persona para convertirse en *quien* ella quisiera ser, a pesar de las adversidades. Solo la persona tiene tal posibilidad vital. Por ello, Marías (1997, p. 32) ha definido el hombre como el animal que tiene una vida humana. Tal vida —cada vida— es intrínsecamente interpretada por la persona.

Y esto nos lleva a pensar que la persona es siempre interpretada. No se olvide que la vida humana es forzosamente teoría intrínseca: es vivida como tal vida. En principio, esa interpretación es la propia de cada persona; pero cabe la interpretación ajena, recibida, de modo individual y personal —seducción, tentación, persuasión— o impersonal y colectivo —cambio de vigencias, manipulación por los medios de comunicación—. Había que tener en cuenta las interpretaciones sucesivas a lo largo de la vida y su grado de autenticidad, pasividad, imposición, falsificación. (Marías, 1997, p. 32)

Vivir es contar la propia historia en una narración capaz de albergar el proyecto vital deseado, la circunstancia actual y el esfuerzo necesario para que la circunstancia sea asimilada al proyecto. La vida humana, por lo tanto, nunca está dada (Marías, 1997, p. 42) y ni tampoco está acabada: “Es esencialmente *imperfecta* en el sentido literal y etimológico de la palabra: es incompleta, inacabada, se está haciendo siempre, en perpetua inconclusión” (1997, p. 92). La persona espera una realización, se dirige hacia ella y, sin embargo, reconoce que todavía no se ha completado. Ramón, al pensar en sí mismo ya

como héroe, imaginó que no le hacía falta subir otro peldaño más y se quedó tristemente sorprendido al percibir que moriría en una cama y no herido en batalla.

Cuando Ramón fue de lo trágico a lo cómico —en la visión de Ortega y Gasset que se sigue en este artículo— renunció a una parte fundamental del carácter dramático de la vida humana. Parte de su narración se perdió cuando creyó que ella estaba ya concluida. Ramón renunció a la responsabilidad que era consecuencia de su dignidad y, por tal razón, cayó en la despersonalización. Sin embargo, esto no quiere decir que haya dejado de ser persona porque:

La vida puede transcurrir «despersonalizada», pero lo decisivo es que esto únicamente puede sucederle a una persona; es decir, ni siquiera voluntariamente puede anularse la condición últimamente personal: una persona no puede dejar de serlo, aunque lo acepte, por mucho que se esfuerce. (Marías, 1997, p. 28)

La despersonalización de Ramón fue libre y consentida. Él se dejó dominar por la propia fantasía y renunció a su proyecto vital desde el mismo momento en que pensó haberlo realizado. En realidad, la despersonalización siempre es libre y consentida (Marías, 1997, p. 89). Aun así, por lo que se ha visto en el texto de Ortega y Gasset, muy a menudo las circunstancias parecen influir en la persona de un modo negativo, para que ella no realice su proyecto vital.

La dispersión habitual de la vida hace problemática la concentración, condición imperiosa para el hallazgo de la propia persona. La vida de nuestros contemporáneos está «llena» de quehaceres impuestos, impersonales, que no brotan de la vocación personal, sino de las solicitudes de la profesión, de las múltiples regulaciones, de la presión del Estado y de las diversas instituciones; más aún, de los impactos informativos que se reciben a lo largo de todos los días y que absorben la mayor parte de la atención posible. (Marías, 1997, p. 50)

A tales circunstancias negativas es que hace falta resistir desde el núcleo invulnerable de la persona, es decir, desde su dignidad misma. Cuando se habla de despersonalización, por lo tanto, no se quiere decir que la persona haya perdido una parte de su dignidad —lo que no podría ocurrir— pero sí que la haya puesto hacia un lado por la propia falsa percepción de la vida o por no ser capaz de resistir lo suficiente a las presiones exteriores.

## **5. Método APAC: la unión del heroísmo de la voluntad y de la dignidad de la persona humana en la recuperación del condenado**

En el actual sistema penal brasileño, se puede ver con mucha claridad el peligro de la despersonalización: en cárceles abarrotadas y sin la menor señal de impulso al arrepentimiento, los condenados son depositados y olvidados por la sociedad. Los abusos concretos a la dignidad humana, que a su vez no tienen fundamento ni siquiera en el carácter de retribución de la pena, contribuyen para que el condenado salga de la cárcel peor que cuando llegó. “É possível dizer que nem os mandamentos da condenação para reprimir e prevenir delitos, nem o escopo da ressocialização têm sido alcançados na prática do sistema penitenciário atual” (Cachichi, 2019, p. 30).

El método APAC nació de la necesidad de recuperar la persona en su totalidad en el sistema penal. Dicho método ha surgido no para superar, sino para cumplir efectivamente la Ley de Ejecución Penal de Brasil —sobre todo si se tiene en cuenta que el presente sistema penal no logra cumplir su finalidad de recuperación—. Por tal razón, Ottoboni llama la atención en el hecho de que:

O objetivo da reclusão é recuperar, especialmente quando se sabe que as despesas de manutenção do preso pesam nos cofres públicos, e predomina a certeza de que ele voltará ao convívio da sociedade pior do que quando iniciou o cumprimento da pena.

Trata-se de uma fraude social não cuidar da socialização da pessoa que errou e que, por isso, foi privada da liberdade. É um embuste contra a sociedade ludibriada com o elevado índice de reincidência e com o crime organizado nos presídios, atemorizando a própria polícia. (2004, p. 96)

Los abusos a los derechos humanos, el descuido de los presos y de sus familias y el alto índice de reincidencia de los liberados del sistema penal, no son más que consecuencias de una mentalidad según la cual aquellas personas no importan. Aquí se podría pensar que ellas cometieron crímenes y que deben pagarlos —lo que es cierto—; pero tal retribución a ser dada mediante pena criminal solo ocurre cuando el criminal logra arrepentirse de su error y tiene el propósito de mejorar. El determinismo del que hablaba Ortega en la cita que aparece más arriba se muestra con alguna claridad en esa visión: si la persona, por un lado, no puede arrepentirse, entonces ella no tiene libertad humana ni voluntad alguna. Por otro lado, si ella no es más que una víctima de las circunstancias que “la han puesto” en la prisión, entonces tampoco tiene voluntad y no puede ser protagonista

de su propia vida. Ambas visiones que ignoran al condenado como persona le quitan su dignidad humana.

La dignidad, como se ha visto, es intrínseca al ser humano y tiene diversas manifestaciones. Jamás desaparece, pero puede ser disminuida por coacciones externas y debilidades internas. En el caso del condenado dentro del sistema penal actual de Brasil, se ha afirmado que se siente un desecho: la autoestima desaparece por completo (Pereira, 2006, p. 90). Además de físicamente debilitado, psicológicamente está destruido y espiritualmente casi muerto. La vida en el crimen es materialista:

Na vida do crime não há espaço para o espiritual, tudo é só material, ela circula em torno do dinheiro. A vida do crime é essencialmente materialista, aliás, como toda a nossa sociedade. Assim, além do próprio corpo (físico) do recuperando, muitas vezes debilitado em especial pelas drogas, a metodologia visa a restabelecer-lhe o espírito, a mente e o psicológico. É aqui que entra a espiritualidade como um dos grandes alicerces da transformação do homem na misericórdia divina. (Siqueira, Costa & Cachichi, 2019, p. 268)

Sin poder vislumbrar —ni dentro ni fuera de la cárcel— cualquier posibilidad humana que no sea la bajeza y la satisfacción de deseos materiales, es bastante difícil hablar de recuperación. En buena medida, esa visión materialista —y determinista— de la vida está en toda la sociedad, de manera que, en ese sentido, las personas dentro de las cárceles no se diferencian demasiado de las que están fuera.

Determinism is quite as likely to lead to cruelty as it is certain to lead to cowardice. Determinism is not inconsistent with the cruel treatment of criminals. What it is (perhaps) inconsistent with is the generous treatment of criminals; with any appeal to their better feelings or encouragement in their moral struggle. (Chesterton, 1909, p. 42)

Por otro lado, si de hecho la vida no es más que eso, entonces aquellas personas encarceladas realmente necesitan ser dejadas hacia un lado y olvidadas. Tales ideas para nada se relacionan con la voluntad heroica: la persona que obedece a meros impulsos físicos y materiales no puede convocar la libertad a su favor; ella, en realidad, es un rehén. La libertad, dentro del concepto del heroísmo de la voluntad, consiste en el objetivo de ser *alguien*, una persona íntegra y verdadera, con una historia de vida.

Si una persona no puede ver y ni siquiera anhelar más que objetivos materiales, entonces ella se disminuye como persona. Sin tener conciencia de ello, es la primera en negar su misma dignidad. Deseará solamente que el Estado la defienda de cualquiera que pueda molestar su satisfacción. He aquí el caso de las personas arrestadas: en realidad, también ellas querrían realizar objetivos materiales; pero fueron demasiado lejos, por lo menos en la visión de orden que se suele tener. Así, la dignidad humana es olvidada; es olvidada porque no es vivida, porque el precio de responder ante la propia vida y lidiar con las responsabilidades de la lucha en contra de las circunstancias adversas es demasiado alto. Si la visión determinista —y materialista— de la vida es llevada a sus últimas consecuencias, entonces o el criminal tendrá que ser eliminado de la sociedad o no tendrá ninguna culpa. En ese sentido, se puede mencionar el comentario que Chesterton ha dirigido a un señor Blatchford, para quien las condiciones de vida muchas veces empujaban a las personas a la criminalidad:

Mas o determinismo lhe atraiu através de outro sentimento bastante normal; um sentimento de imoderada compaixão. Ele chamou seu livro de panfletos deterministas de um apelo ‘em nome dos párias’. E era óbvio que ele meditara bastante acerca do tipo de pessoa pobre e desonrada, e frequentemente oprimida, que ele realmente podia chamar de pária. Para ele, assim como para muitos outros homens de saudável – mas vago – sentimento moderno, a noção de pecador de fato se ligava inteiramente à noção de um bebedor ou de um vagabundo assaltante ou de uma espécie de malandro em guerra contra a sociedade. Nesse sistema social tão injusto que suportamos, é bastante provável que muitas dessas pessoas sejam punidas injustamente, que alguns não devam de forma alguma ser punidos, que alguns, talvez, não tenham responsabilidade alguma. E Blatchford, vendo-os irem em massa para as prisões, não sentiu nem mais nem menos que piedade pelo pobre e pelo desafortunado, o que era, na pior das hipóteses, um exagero ligeiramente desvirtuado da caridade cristã. Ele estava tão ansioso para perdoar que acabou negando a necessidade de perdão. (2012, pp. 213-214)

Si la persona no tiene culpa, no le hace falta arrepentirse; si no le hace falta arrepentirse, tampoco necesita el perdón. Y si existe alguien que no necesite arrepentirse de absolutamente nada en el relato de su vida, entonces tal persona es un juguete de las circunstancias y no tiene ninguna libertad. Pero la dignidad humana exige la libertad. “A dignidade inerente ao conceito de pessoa deve ser vista —mais do que nunca— em sentido integral nos dias de hoje, que abrange não apenas o aspecto material, psicológico, mas também o aspecto espiritual, artístico e ético do ser humano” (Cachichi, 2019, p. 37).

La integral dignidad de la persona es lo que fundamenta el método APAC. Dicho método fue así definido por su fundador Mário Ottoboni:

...entidade que dispõe de um método de valorização humana, portanto de evangelização, para oferecer ao condenado condições de recuperar-se e com o propósito de proteger a sociedade, socorrer as vítimas e promover a Justiça Restaurativa. (2018, p. 25)

La recuperación y el arrepentimiento suponen, en el contexto del método APAC, la conciencia de un error cometido. Uno de los grandes desafíos de la vida humana, un desafío que también comprende el concepto de heroísmo de la voluntad, es el de la confesión de las propias faltas, de la propia miseria; de la aceptación del sufrimiento. Notar la propia bajeza y admitirla, al contrario de lo que puede parecer, es en la mayoría de las veces el primer paso que da la persona hacia el objetivo de convertirse en alguien mejor:

Si el alma no fuera más que bajeza, ni siquiera se daría cuenta de la bajeza; mas si se da cuenta, evidentemente hay en ella una alteza. Esta alteza está invisible en ‘Las Memorias del Subterráneo’; pero ella es la que produce todas las memorias del subterráneo. Una nobleza terriblemente lastimada y herida resuella allí por la herida. (Castellani, 1997, p. 20)

Aquí una vez más es menester regresar al personaje Ramón: él ya se veía como héroe; cuando, sin embargo, cayó víctima de una enfermedad y no de una herida en la batalla, pasó a verse como indigno a sus propios ojos. Ramón pasó del heroísmo de la voluntad (trágico) a la comicidad de crear una fantasía y vivir en ella, alejándose de la realidad. Le faltó a Ramón reconocer la propia pequeñez: aceptar su circunstancia trágica, para él, sería mirar hacia el heroísmo deseado y, sin embargo, todavía percibirse menor que su objetivo; reconocer que le hacía falta bastante lucha para lograrlo. Esto sería la humildad, tan valorada dentro del método APAC: la persona digna es quien puede arrepentirse de un error cometido porque su dignidad implica libertad.

O progresso moral significa buscar virtudes, ter ação voltada para as virtudes. O progresso espiritual significa olhar para além do imanente e buscar o transcendente, justamente o que a APAC formará tanto no aspecto da valorização moral – o cultivo de virtudes como o respeito ao próximo, a justiça, o trabalho, buscar ser melhor para a família – e as virtudes espirituais que são cultivadas na

APAC. Por último no aspecto político, que significa basicamente cooperar com a sociedade para que a coletividade progrida, para que o outro progrida, enxergar o outro e junto com ele construir algo que beneficie a todos. Tudo isso faz com que o egresso deixe a APAC mais autônomo e mais livre... (Cachichi, 2019, p. 255)

Santo Tomás de Aquino ha explicado en la *Suma Teológica* (I, II, c. 27, a2) que el bien “não pode ser amado se não for conhecido”. El heroísmo de la voluntad consiste, como se ha dicho, en el esfuerzo y en el deseo que la persona tiene de *ser* mejor. Tal deseo solamente puede existir cuando: (a) la persona logra imaginar que existe algo mejor de lo que había vislumbrado hasta entonces; (b) reconoce su miseria ante tal posibilidad y no se ve desde luego como si la tuviese conquistado; y (c) acepta la lucha contra todas las circunstancias que intenten alejarla de la imagen de *quien* desea ser. Pero, hay que hacer hincapié en ello, solo una persona consciente de su dignidad intrínseca puede querer ser mejor, puede percibir tal mejora como necesidad en su vida. El método APAC, hincando sus raíces en la dignidad humana concretizada en el amor al prójimo, les enseña a los presos que ellos son personas dignas y que, por esa razón, tienen libertad de arrepentirse y esperanza para que puedan resistir a las circunstancias que los alejen de las personas en quienes desean convertirse.

## 6. Conclusión

En la escena de la muerte de Ramón en la novela *La fiel infantería*, el narrador cuenta que el personaje intentó hacer la señal de la cruz pero sus fuerzas no se lo permitieron; entonces su mano se le cayó sobre la faz en un gesto que parecía avergonzado. De esa narración el lector puede entender que, justo en el fin, Ramón reconoció su debilidad y la rabia que tenía de sí mismo disminuyó. En cualquier momento de la vida, la persona puede arrepentirse y humildemente reconocer quien es.

El hecho es que, a lo largo de su corta vida, Ramón pensó en el heroísmo y, para su pesar, creyó ya ser un héroe. Despreció, por lo menos en sí mismo, la debilidad que es inherente a todas las personas. Él, que podría ser un personaje trágico, se convirtió en uno de comedia. Siguió, sin saberlo, el ejemplo de Don Quijote en el palacio de los duques. El heroísmo de la voluntad, tal y como enseñado por Ortega y Gasset, necesita de la humildad para realizarse.

El método APAC, por haber nacido para resolver un problema concreto, realiza dicho heroísmo de la voluntad. Los fundadores, voluntarios e incluso los condenados, están conscientes de sus propias debilidades: es tal conciencia la que les permite mirar

al prójimo y desear ayudarlo. Cuando el método APAC hace hincapié en la dignidad humana como esencial a la recuperación de las personas presas, quiere con esto demostrar que el arrepentimiento, la responsabilidad y la esperanza solo pueden ser posibles para las personas que son libres hasta el punto de desear y luchar por convertirse en mejores de lo que son.

### Referencias

- Cachichi, R., C., D. (2019). *Método APAC: O Humanismo como Caminho para a Ressocialização do Preso*. UNIVEM.
- Castellani, L. (1997). *Psicología Humana* (2.<sup>a</sup> ed.). Jauja.
- Cervantes, M. (2005). *Don Quijote de la Mancha*, 2. Alianza Editorial.
- Chesterton, G. K. (1909). *Orthodoxy*. The Bodley Head.
- Chesterton, G. K. (2012). *Autobiografía* (Trad. R. Robson). Ecclesiae.
- García Serrano, R. (1964). La fiel infantería. *La Guerra* (pp. 397-598). Fermín Uriarte.
- Hervada, J. (1993). Los derechos inherentes a la dignidad de la persona humana. *Escritos de Derecho Natural*. EUNSA.
- Machado, A. (2001). *Poesías Completas*. Espasa Calpe.
- Marías, J. (1950). *Miguel de Unamuno*. Espasa Calpe.
- Marías, J. (1994). *Mapa del Mundo Personal*. Alianza Editorial.
- Marías, J. (1997). *Persona*. Alianza Editorial.
- Menéndez-Pelayo, M. (1908). *Estudios de Crítica Literaria*. Tipografía de la Revista de Archivos.
- Ortega y Gasset, J. (2016). *Meditaciones del Quijote*. Livré.
- Ottoboni, M. (2004). *Seja solução, não vítima! Justiça restaurativa, uma abordagem inovadora*. Cidade Nova.
- Ottoboni, M. (2018). *Vamos matar o criminoso? Método APAC*. O Lutador.
- Pereira, M. F. (2006). É possível a recuperação do preso? *Revista Jur. UNIJUS*, 9(11), 189-202. <http://www.revistas.uniube.br/index.php/unijus/article/download/1035/1210>.
- Pieper, J. (2018). *Virtudes Fundamentais* (Trad. P. R. A. Pacheco). Cultor de Livros.
- Pozzoli, L. Scarmanhã, B. O. S. G. & Cachichi, R. C. D. (2019). Desafios e perspectivas do sistema penitenciário: a compreensão da descentralização dos presídios

como proposta de Mário Ottoboni à luz da filosofia ético-política de Jacques Maritain. En *Constitucionalismo e Direitos Fundamentais* (pp. 161-178). Instituto Memória.

- Pozzoli, L. & Toledo, I., R. (2017). Análise do princípio constitucional da dignidade humana face a dimensão da afetividade e o direito fraternal. *Problemata: Revista Internacional de Filosofia*, 8(1), 178-190. <https://periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/problemata/article/view/27851>.
- Razaboni Jr., R., B., Leão Jr.T., M., A., & Sanches, R., C., F. (2018). A educação inclusiva para pessoas com deficiência e o papel da Unesco. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, (38), 140-153. <https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/77562>.
- Santo Tomás de Aquino. (2009). *Suma Teológica III*. Loyola.
- Siqueira, G., Costa, I. G. & Cachichi, R. C. D. (2019). Culpa e espiritualidade nas APACs. En *Humanização e execução penal: o drama na efetividade do direito penal* (pp. 264-274). Instituto Memória.

# DOCTRINA SOCIAL DE LA IGLESIA CATÓLICA: TRASCENDENCIA Y DERECHO EN EL CONCEPTO DE LA DIGNIDAD HUMANA\*

*Adão de Souza Pires\**

*Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, Brasil*

padreadaosouza@hotmail.com

*Lafayette Pozzoli\*\**

*Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC, Brasil*

lafayette@lafayette.pro.br

*Gilmar Siqueira\*\*\*\**

*Universidade Federal do Pará – UFPA, Brasil*

gilmarsiqueira126@gmail.com

---

\*Este artículo es un fragmento de la disertación de Máster de Adão de Souza Pires (2018, p. 116) del autor, defendida en el Programa de Máster en Derecho de la Fundación de Enseñanza “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora del Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM. El título de la disertación en portugués se titula “A dignidade da pessoa humana: historicidade, conceito e transcendência – Um estudo a respeito das Encíclicas Sociais Católicas em paralelo com a dogmática jurídica”. Director: Prof. Dr. Oswaldo Giacóia Júnior.

\*\* Máster en Derecho por el Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM. Profesor en el Instituto Filosófico Reina de la Paz, institución perteneciente a la Iglesia Católica en Jacarezinho, Paraná. Sacerdote. Licenciado en Filosofía (2001) por la Universidad San Francisco, en São Paulo. Licenciado en Derecho (2008) por la Facultad de Jaguariaíva, en Paraná. Especialista en Cultura y Medios de Comunicación (2008) por la PUC, en São Paulo.

\*\*\* Postdoctor en Filosofía del Derecho y del Estado por la Universidad “La Sapienza” (Roma, Italia). Doctor y Máster en Filosofía del Derecho por la PUC/SP. Es profesor y fue jefe de Gabinete en la PUC-SP. Abogado. Consultor evaluador del INEP/MEC para Cursos Jurídicos. Líder del Grupo de Pesquisa - GEDs “Direitos Fundamentais à Luz da Doutrina Social” – Derecho y Fraternidad – PUC-SP. Miembro del Consejo Editorial de la Revista EM TEMPO y de las editoriales Letras Jurídicas y Instituto Memória. Fue Profesor Asistente en el Curso de Teoría General del Derecho, ministrado por el saudoso Profesor André Franco Montoro - Postgrado PUC-SP. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7512-7549>.

\*\*\*\* Doctorando en Derecho por la Universidad Federal de Pará y magister en Derecho por el Centro Universitario Eurípides de Marília - UNIVEM.. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0042-4984>.

**Resumen:** El presente artículo trata de la cuestión de la dignidad de la persona humana desde la óptica trascendente de su concepto. Eso quiere decir que, encontrado un concepto firme y sólido para la dignidad de la persona humana, sea por la Doctrina Social de la Iglesia, sea por la doctrina del derecho civil, tales instituciones no se pararon en el concepto a que llegaron en el transcurso de la historia, aunque el concepto se haya manifestado como completo, profundo y necesario. Por consiguiente, ambas instituciones fueron más allá de su propia doctrina y dejaron un legado todavía superior al concepto de dignidad humana. La Doctrina Social de la Iglesia llega a la trascendencia de su concepto añadiendo elementos sobrenaturales profesados por la fe católica. El derecho, partiendo del principio del derecho a la vida como origen de todos los demás derechos, presenta un concepto de persona que sobrepasa la individualidad y proyecta hacia la sociedad una elaboración de principios que muestran que la persona humana es superior a cualquier otra consideración social; y no es la sociedad la que da dignidad a la persona, sino que la persona humana es quien orienta la sociedad en la consecución del bien común y en la garantía de los derechos individuales. La metodología de esta investigación fue una búsqueda bibliográfica y documental por el método analítico-comparativo.

**Palabras clave:** Doctrina Social de la Iglesia, Dignidad de la Persona Humana, Trascendencia; Iglesia y Derecho.

#### **SOCIAL DOCTRINE OF THE CATHOLIC CHURCH: TRASCENDENCE AND LAW IN THE CONCEPT OF HUMAN DIGNITY**

**Abstract:** The article presented here addresses the question of the dignity of the human person from the perspective of the transcendence of its concept. This means that having found a firm and solid concept for the question of the dignity of the human person, whether through the Social Doctrine of the Church or the Doctrine of Civil Law, these two institutions have not slopped on the concept they have reached in the course of history, although this concept has manifested itself as complete, profound and necessary. As a result, both institutions went beyond their own doctrine and left an even greater legacy for the concept of human dignity. The Church's Social Doctrine transcends its concept by placing supernatural elements that the Catholic faith professes. The Law, based on the principle of the right to life as the origin of all other rights, presents a concept of a person that transcends the individuality of the human person and projects to society an elaborate of principles that show that the human person is superior to any other social consideration where it is not society that gives dignity to the human person, but it is the human person that guides society in achieving the common good and in guaranteeing individual rights.

The methodology of the work consisted of a bibliographic and documentary research using the analytical-comparative method.

**Keywords:** Social Doctrine of the Catholic Church; Humanism; Dignity of the Human Person; Transcendence; Church and Law.

## 1. Introducción

Para empezar, es menester indicar lo que se entiende por trascendencia en este artículo. Por trascendencia se pretende afirmar una realidad de algo que se identifica por un concepto determinado. Sin embargo, ese algo no permanece solo en su concepto original, sino que se eleva hacia una esfera superior, trascendente. De ahí el concepto de trascendencia. Diciéndolo en lenguaje corriente, trascendencia es la elevación de un concepto o de una realidad hacia una dimensión superior y más perfecta que la original.

La Iglesia Católica, en sus documentos pastorales, también llamados sociales, especialmente en sus encíclicas, ofrece una contribución importante a la sociedad civil y al derecho en la conceptualización de la dignidad de la persona humana y en la consecución de prácticas que hagan viable y concreta la consumación de los derechos a ella inherentes. Aunque no solo pretende permanecer en ese ámbito, pues su misión prospecta hacia una realidad más alta, superior, trascendente.

Así, pues, habiendo desarrollado la argumentación y doctrina acerca de la persona humana, especialmente fundamentada en la filosofía, la Iglesia Católica va más allá y presenta el sentido más grande y más profundo de esa dignidad humana. Es lo que se pretende tratar en este artículo bajo el término *trascendencia*.

Con ese propósito, en el artículo se indagará en los documentos de la Doctrina Social de la Iglesia Católica elementos que auxilien a aclarar el concepto de trascendencia para una mejor comprensión del concepto de la dignidad de la persona humana. Cabe señalar que la presente investigación se ha llevado a cabo a través del método de abordaje hipotético-deductivo, el procedimiento comparativo, la técnica de documentación indirecta y la investigación tanto bibliográfica (libros y periódicos jurídicos) como documental (legislaciones y páginas electrónicas).

## 2. Trascendencia en las Encíclicas Sociales de la Iglesia Católica

El primer concepto de dignidad de la persona humana, deviniendo en seguida la trascendencia del mismo concepto, aparece en la encíclica *Pacem in Terris*, proclamando

que: “De igual manera, Dios creó el hombre a su imagen y semejanza (*cf.* Gn 1, 26), dotándole de inteligencia y libertad, y le constituyó señor del universo...” (Juan XXIII, 1963, n. 3, final).

Más recientemente la *Laborem Exercens* continuaba: “El hombre es la imagen de Dios... todo ser humano refleja la acción misma del Creador del universo” (Juan Pablo II, 1981, n. 4). En la *Rerum Novarum* se decía que “...verán y comprenderán que todos los hombres han sido creados por el mismo Dios, Padre común; que todos tienden al mismo fin, que es el mismo Dios...” (León XIII, 1891, n. 20).

En el Concilio Vaticano II, la cuestión de la trascendencia se convierte en el eje de la visión ética de la dignidad humana. En él se constata la necesidad de no absolutizar un valor histórico limitado ni tampoco refugiarse en una pura trascendencia (*Gaudium et Spes*, n. 13).

Existe el principio de la dignidad humana cuando se aplica la cuestión de la libertad religiosa para todo ciudadano. Así, la Iglesia señala que ese principio no es solamente indicativo para la sociedad civil, pero es objetivamente normativo, en virtud de su naturaleza intrínseca. Conforme se manifiesta en el respectivo documento:

Además, los actos religiosos con que los hombres, partiendo de su íntima convicción, se relacionan privada y públicamente con Dios, trascienden por su naturaleza el orden terrestre y temporal. Por consiguiente, la autoridad civil, cuyo fin propio es velar por el bien común temporal, debe reconocer y favorecer la vida religiosa de los ciudadanos; pero excede su competencia si pretende dirigir o impedir los actos religiosos. (*Dignitatis Humanae*, 1965, n. 3)

Insiste todavía, en otro documento, que el Estado no será inducido por un principio engañoso o tendencioso porque dicho principio no es de la Iglesia Católica, no es del Estado ni tampoco es conclusión filosófica abstracta, pues:

No se equivoca el hombre al afirmar su superioridad sobre el universo material y al considerarse no ya como partícula de la naturaleza o como elemento anónimo de la ciudad humana. Por su interioridad es, en efecto, superior al universo entero; a esta profunda interioridad retorna cuando entra dentro de su corazón, donde Dios le aguarda, escrutador de los corazones, y donde él personalmente, bajo la mirada de Dios, decide su propio destino. (*Gaudium et Spes*, 1965, n. 14)

La trascendencia de la dignidad de la persona humana, para la Iglesia Católica, tiene un doble origen religioso: el primero es la creación del hombre a imagen y semejanza de Dios, y el segundo es la posibilidad que tiene de ser rescatado en su dignidad perdida pues fue redimido por la muerte de Cristo. Una vez más se dice en la *Pacem in Terris*:

Si, por otra parte, consideramos la dignidad de la persona humana a la luz de las verdades reveladas por Dios, hemos de valorar necesariamente en mayor grado aún esta dignidad, ya que los hombres han sido redimidos con la sangre de Jesucristo, hechos hijos y amigos de Dios por la gracia sobrenatural y herederos de la gloria eterna. (Juan XXIII, 1963, n. 10)

La trascendencia de la persona humana abarca dos dimensiones: la dimensión humana (de la filosofía, podría decirse) y la dimensión trascendente sobrenatural. En la encíclica *Laborem Exercens*, ambas apuntan hacia el mismo origen y al destino último de la dignidad de la persona humana: "...una convicción de la inteligencia... una convicción de fe. ...trata de expresar los designios eternos y los destinos trascendentes que el Dios vivo, Creador y Redentor ha unido al hombre" (Juan Pablo II, 1981, n. 4).

Si ya la fundamentación basada en la ley natural revela toda la dimensión de la dignidad humana, tanto más se la revela en su dimensión trascendente, pues ella tiene origen en el propio Dios, conforme se podrá constatar por la siguiente cita:

Sin embargo, este orden espiritual, cuyos principios son universales, absolutos e inmutables, tiene su origen único en un Dios verdadero, personal y que trasciende a la naturaleza humana. Dios, en efecto, por ser la primera verdad y el sumo bien, es la fuente más profunda de la cual puede extraer su vida verdadera una convivencia humana rectamente constituida, provechosa y adecuada a la dignidad del hombre... Es, por consiguiente, claro que la bondad de la voluntad humana depende mucho más de la ley eterna que de la razón humana. (Juan XXIII, 1963, n. 38)

La trascendencia es superior a la naturaleza, pues

El alma es la que lleva impresa la imagen y semejanza de Dios, en la que reside aquel poder mediante el cual se mandó al hombre que dominara sobre las criaturas inferiores y sometiera a su beneficio a las tierras todas y los mares... (León XIII, 1891, n. 39)

Consecuencia de ello es que “El cristiano no puede admitir la que supone una filosofía materialista y atea, que no respeta ni la orientación de la vida hacia su fin último, ni la libertad ni la dignidad humanas” (Pablo VI, 1967, n. 39).

La fe cristiana siempre ha considerado el ser humano como un ser uni-dual, en que espíritu y materia se compenetran mutuamente, experimentando, ambos, precisamente de esa manera, una nueva nobleza. En efecto, “...el *eros* quiere remontarnos «en éxtasis» hacia lo divino, llevarnos más allá de nosotros mismos, pero precisamente por eso necesita seguir un camino de ascesis, renuncia, purificación y recuperación” (Benedicto XVI, 2005, n. 5).

En el debate filosófico y teológico, tales distinciones han sido, muchas veces, radicalizadas hasta el punto de ponerlas en contraposición: típicamente cristiano sería el amor descendiente, ablativo, o sea, el ágape; por otra parte, la cultura no cristiana, especialmente la griega, se caracteriza por el amor ascendiente, ambicioso y posesivo, o sea, por el Eros. Si se quisiera llevar hasta el extremo tal antítesis, la esencia del cristianismo quedaría desarticulada de las relaciones básicas y vitales de la existencia humana y constituiría un mundo independiente, considerado tal vez admirable, pero decididamente separado del conjunto de la existencia humana. En realidad, Eros y ágape —amor ascendiente y amor descendiente, trascendencia del amor divino— nunca se permiten separar completamente el uno del otro (Benedicto XVI, 2005, n. 6). Además:

En las culturas que circundan el mundo de la Biblia, la imagen de dios y de los dioses, al fin y al cabo, queda poco clara y es contradictoria en sí misma. En el camino de la fe bíblica, por el contrario, resulta cada vez más claro y unívoco lo que se resume en las palabras de la oración fundamental de Israel, la *Shema*: «Escucha, Israel: El Señor, nuestro Dios, es solamente uno» (Dt 6, 4). Existe un solo Dios, que es el Creador del cielo y de la tierra y, por tanto, también es el Dios de todos los hombres. (Benedicto XVI, 2005, n. 9)

Para confirmar y ahondar en ese principio, el Papa Francisco, en la encíclica *Laudato Si*, afirma:

En este universo, conformado por sistemas abiertos que entran en comunicación unos con otros, podemos descubrir innumerables formas de relación y participación. Esto lleva a pensar también al conjunto como abierto a la trascendencia de Dios, dentro de la cual se desarrolla. La fe nos permite interpretar el sentido y la belleza misteriosa de lo que acontece. (2015, n. 64)

Continúa el Papa, en la misma encíclica, explicando:

El ser humano, si bien supone también procesos evolutivos, implica una novedad no explicable plenamente por la evolución de otros sistemas abiertos. Cada uno de nosotros tiene en sí una identidad personal, capaz de entrar en diálogo con los demás y con el mismo Dios. La capacidad de reflexión, la argumentación, la creatividad, la interpretación, la elaboración artística y otras capacidades inéditas muestran una singularidad que trasciende el ámbito físico y biológico. (2015, n. 67)

El Documento de Aparecida (de la Conferencia Nacional de los Obispos del Brasil) presenta la trascendencia de la dignidad de la persona humana en su manifestación en los cambios culturales. “Entre os aspectos positivos dessa mudança cultural aparece o valor fundamental da pessoa humana, de sua consciência e experiência, a busca do sentido da vida e da transcendência” (2007, n. 35).

Otra fundamentación que se le da a la trascendencia de la persona humana es la creación. También dicha afirmación es constatada en el Documento de Aparecida:

A criação do homem e da mulher à sua imagem e semelhança é um acontecimento divino de vida, e sua fonte é o amor fiel do Senhor. Por conseguinte, só o Senhor é o autor e o dono da vida, e o ser humano, sua imagem vivente, é sempre sagrado, desde sua concepção, em todas as etapas da existência, até sua morte natural e depois da morte. O olhar cristão sobre o ser humano permite perceber seu valor que transcende todo o universo: ‘Deus nos mostrou de modo insustentável como ama cada homem, e com isso lhe confere uma dignidade infinita’. (2007, p. 176)

No basta con que la Iglesia fundamente, proclame y defienda la dignidad humana si ella satisface solamente la dimensión natural, basada en la ley natural, en la naturaleza humana tan solo porque “...El hombre, por tener un cuerpo y un alma inmortal, no puede satisfacer sus necesidades ni conseguir en esta vida mortal su perfecta felicidad” (Juan XXIII, 1963, n. 59).

La trascendencia de la dignidad de la persona humana tiene también horizontes temporales, sociales. Por ello es que asegura Pablo VI en *Populorum Progressio* que:

Es un humanismo pleno el que hay que promover. ¿Qué quiere decir esto sino el desarrollo integral de todo hombre y de todos los hombres? Un humanismo

cerrado, impenetrable a los valores del espíritu y a Dios, que es la fuente de ellos, podría aparentemente triunfar. Ciertamente, el hombre puede organizar la tierra sin Dios, pero «al fin y al cabo, sin Dios no puede menos de organizarla contra el hombre. El humanismo exclusivo es un humanismo inhumano». No hay, pues, más que un humanismo verdadero que se abre al Absoluto en el reconocimiento de una vocación que da la idea verdadera de la vida humana. Lejos de ser norma última de los valores, el hombre no se realiza a sí mismo si no es superándose. Según la tan acertada expresión de Pascal: «el hombre supera infinitamente al hombre». (1967, n. 42)

La consecuencia social de la trascendencia de la naturaleza humana es que, con ella, es posible llegar al humanismo integral, tal como se ha proclamado en la encíclica *Populorum Progressio*.

Amparar la trascendencia de la dignidad de la persona humana significa darle al ser humano respeto, considerando su esencia (Cruz & Pozzoli, 2015, p. 87), especialmente, su creación a imagen y semejanza de Dios. Para comprender mejor tal “respeto al ser humano” se desarrollará esta investigación.

### **3. Trascendencia del concepto de dignidad humana en el Derecho**

No se pretende hablar de la trascendencia en el Derecho, como lo hace la Doctrina Social de la Iglesia. Empero, no se puede olvidar que el bien común trasciende y realiza la dimensión de la historia. De ello se comprende que la dignidad no se reduce al bienestar económico, conforme a una visión historicista y materialista.

Es sabido que el camino histórico de la humanidad estuvo lleno de avances y retrocesos y que hizo del ser humano juguete en las manos de los dioses griegos, o de una parte indistinta de las comunidades en los Estados antiguos, al centro de sus propios pensamientos y realizaciones, entre ellos, el Estado y el Derecho (Barcelos, 2002, p. 104). La primera trascendencia de la dignidad de la persona humana en el Derecho es que ella no se crea por el derecho positivo, sino que es una realidad en sí misma y tiene fuerte lastre cimentado en el Derecho Natural.

En la Constitución de Alemania del período posterior a la Segunda Guerra Mundial, el concepto de dignidad de la persona humana se mostró como un valor absoluto que hace referencia directamente a la persona en sí y por sí, no pudiendo la ley infra-constitucional disponer sobre ella.

Otra trascendencia de la dignidad de la persona humana es que, aun después de alcanzada en el plan individual, ontológico, de ley natural, ella trasciende hacia el orden social donde permanece como un valor trascendente, pero a la vez como un bien finito y cambiante. Tal heteronomía o elemento social de la dignidad le confiere una especie de trascendencia, pues sale de la esfera individual subjetiva para habitar el social objetivo. La universalidad de la dignidad humana también fundamenta a los derechos humanos.

...los derechos humanos se fundamentan en el reconocimiento de la dignidad del ser humano, y desde allí emerge su atractivo más poderoso: su universalidad y el consecuente respeto absoluto que suscitan (frente a la dignidad sólo cabe reconocimiento, no se trata de un atributo que el Estado conceda). Sin embargo, para que esto sea posible desde un punto de vista lógico, la dignidad tiene que encontrar, a su vez, un fundamento absoluto. (Cianciardo, 2020, p. 17)

Elementos de la historia auxilian en la difícil tarea de buscar responder a la cuestión del concepto de dignidad de la persona humana en el ámbito del Derecho, incluso porque dicha cuestión es abierta a estudios, posiciones, contribuciones, acuerdos y desacuerdos. Se entiende, sin embargo, que el Derecho puede y debe asumir tal causa en el sentido de, por lo menos, buscar en la sociedad la efectividad siempre más amplia de la promoción de la dignidad de la persona humana, constitucionalmente asegurada en muchos ordenamientos jurídicos, incluso en Brasil.

### **3.1. El valor intrínseco de la dignidad de la persona humana y su trascendencia en la Historia y en el Derecho**

La cuestión del *Dignitatis Hominis* del derecho romano sigue presente en el concepto moderno de dignidad de la persona humana, pero no en el sentido de continuidad y sucesión, pues la sociedad actual exige una presuposición de valor intrínseco para la dignidad de la persona humana, principio formulado a partir de la tradición judeo-cristiana, por el Iluminismo y por el período posterior a la guerra de 1945 en adelante (Barroso, 2016, p. 14).

La Iglesia Católica en su Doctrina, especialmente en las encíclicas sociales, no pretende quitar a la persona humana de su realidad social, pero eso no quiere decir que la Iglesia esté satisfecha tan solo con la dimensión natural, basada en la ley natural, en la naturaleza humana. (Juan XXIII, 1963, n. 59).

Se entiende que la dignidad de la persona humana tiene también horizontes temporales, sociales, aunque no se limite a ellos. Siendo así, la consecuencia social

de la trascendencia de la naturaleza humana es la de que, con ella, es posible llegar al humanismo integral en que Dios sea su fuente verdadera (Pablo VI, 1967, n. 42). Teniendo a Dios como su fuente verdadera en el humanismo integral, se puede llegar a una primacía de la persona a partir de su dignidad intrínseca.

...si los derechos se encuentran fundados de manera directa en la dignidad humana, una jerarquización o una ponderación de los derechos esconderá siempre una jerarquización o ponderación de la persona, una violación de su carácter de fin en sí mismo. (Cianciardo, 2020, p. 28)

Profundizando todavía en la trascendencia de la dignidad de la persona humana a lo largo de la historia, en la Doctrina Social de la Iglesia y en el Derecho, se puede considerar que subsiste una cuestión decisiva: ¿cómo puede ser percibido en los grandes acontecimientos como el Iluminismo, así como en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789 en la Revolución Francesa, y en el período posterior a la Segunda Guerra Mundial?

La idea transmitida por el cristianismo en la antigüedad y en la Edad Media, en la religión y en la filosofía, acerca de la naturaleza trascendente de la dignidad de la persona humana, empezó a ser quebrantada por el pensamiento iluminista. Con su creencia fervorosa en la razón humana, el Iluminismo fue el responsable por dislocar la religiosidad del centro del sistema de pensamiento, sustituyéndola por el propio ser humano, en la secularización, en la sistematización, no obstante, y aun así, esas consecuencias desarrollaron la idea de dignidad humana y la preocupación por los derechos individuales del ser humano (Barcelos, 2002, p. 106).

La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de la Constitución Francesa de 1789, pone relieve en la trascendencia de la dignidad de la persona humana cuando proclama los derechos individuales como derechos válidos universalmente, ya que los seres humanos nacen y continúan libres e iguales en derechos. He ahí el inicio de la positivización de las ideas de la libertad inherente a los seres humanos y, por consiguiente, de derecho natural (Orsini, 2006, p. 48).

En la línea de una tradición ya formada en el pensamiento religioso y filosófico, la filosofía de Immanuel Kant tuvo gran influencia para la cuestión de la dignidad de la persona humana y su trascendencia. Es él quien presenta la formulación más consistente —particularmente compleja— de la naturaleza del ser humano y de sus relaciones consigo mismo, con el prójimo y con sus propias creaciones además de la naturaleza. Según Kant, el ser humano es un fin en sí mismo (dignidad ontológica) y no una función del Estado,

de la sociedad o de la nación. El Derecho y el Estado deben de organizarse en beneficio de los seres humanos y no lo contrario (Barcelos, 2002, pp. 106-107).

Debido a que puede relativizar sus propios intereses, puede pretender que se respete su estatus absoluto de sujeto. Debido a que puede asumir libremente obligaciones, nadie tiene el derecho de hacerle esclavo, pues —como vio Kant correctamente— no puede tener ninguna obligación frente a su señor. Porque el hombre es, como ser moral, una representación de lo absoluto, por eso y sólo por eso, le corresponde aquello que llamamos ‘dignidad humana’. (Spaemann, 1988, p. 23)

Además, Kant no tuvo la intención de forzar un concepto de trascendencia de la dignidad de la persona humana e imponerlo al Derecho y al Estado, sino que puso tales instituciones en la función de servidoras de la dignidad ontológica del ser racional. Dos son las variantes del ser humano: una, su dimensión social, material, cultural, económica y política; otra es la dimensión de la naturaleza humana, de la ley natural y del Derecho natural, que son intrínsecos al ser humano, que se trasluce en la libertad, en Dios y en el alma inmortal. La consecuencia es que “...los derechos humanos son derechos de la persona, pero de una persona abstracta e ideal, sino de una persona que sólo se puede comprender plenamente en un contexto cultural” (Cianciardo, 2020, p. 150).

Se puede decir que hay una interacción entre la Doctrina Social de la Iglesia Católica y la dogmática jurídica, cuando se hace referencia a la dignidad de la persona humana en su desarrollo, su trascendencia y concretización. Esto puede contribuir al encuentro de principios e indicaciones de acciones concretas que favorezcan la realización de las atribuciones tanto de la Iglesia como del Derecho en la efectividad de la dignidad de la persona humana, sea en ámbito espiritual, sea en el material, subjetivo u objetivo.

En cuanto a la dogmática jurídica, tiene ella función eminentemente social y, teóricamente, sólo desde esa perspectiva, cumplirá su función y su identidad, o sea, su dimensión material, concreta, social, cultural, económica y política.

Hay una convergencia cuando se afirman conjuntamente la ética civil y la moral cristiana. La aceptación del valor absoluto de la dignidad de la persona humana no debería constituir motivo de divergencias, sino que la oportunidad y la garantía de un diálogo respetuoso y fructífero entre ambas.

El valor absoluto de la dignidad de la persona humana puede ser considerado como convergencia, por parte de la ética civil y de la ética cristiana. Esto no se da para que

haya una disputa, sino para establecer un campo común de actuación, de diálogo y de convivencia o convergencias.

Un auténtico fortalecimiento moral adquiere credibilidad cuando se sitúa en la búsqueda convergente por una historia basada en el valor absoluto de la dignidad de la persona humana.

Se puede percibir que el derecho natural y el derecho positivo tienen convergencias entre sí porque deberán asociarse para una justa aplicación de la ley puesta, es decir, el camino más lógico sería buscar subsidios en el derecho natural una vez que está el positivado en la Constitución Federal del Brasil de 1988 en forma de principios.

### **3.2. Discusión acerca de la trascendencia de la dignidad de la persona humana**

La discusión de la trascendencia de la dignidad de la persona humana, en este artículo, viene desarrollada en su aspecto histórico, conceptual y trascendental. Tal discusión está basada en tres elementos fundamentales: a) el valor de la trascendencia; b) los binomios fin/medio, absoluto/relativo y espiritual/material; c) histórico-cultural-dinámico.

#### a) El valor de la trascendencia

Parece necesario señalar el valor trascendente de la dignidad de la persona humana en que se encuentra una visión integral de la persona. Si, en el plano conceptual y teológico fue pensado un esquema diferente, a partir, particularmente, del Concilio Vaticano II, ya estaba sometida como razón motivadora. La *Rerum Novarum* sintetiza, de esa manera, las implicaciones políticas de la dignidad de la persona humana: “el hombre antecede el estado” (n. 6). El valor de los seres humanos es el signo *standard* bajo el cual las instituciones políticas y legales deben ser evaluadas. La política y la ley tienen que servir a las personas. La persona jamás tiene sencillamente un valor funcional, sino que tiene un valor trascendente; no hipotéticamente subordinado a cualquier otro fin. Aquí se sostiene la oposición a cualquier subordinación de la persona a un Estado absolutista.

El concepto mismo de dignidad humana es —como el de libertad— un concepto trascendental. Este concepto no indica de modo inmediato un derecho humano específico, sino que contiene la fundamentación de lo que puede ser considerado como derecho humano en general. (Spaemann, 1988, p. 15)

La defensa del valor trascendente de la persona condujo a Pío XI a la crítica de las organizaciones sociales asociadas al capitalismo liberal y al socialismo marxista en la

encíclica *Quadragesimo Anno* (n. 46). Hay paralelismos entre el pensamiento de Marx y la visión de Pío XII acerca de las condiciones de los proletarios y el poder destructivo de la competencia desenfrenada. Pero el Papa refuta la lucha de clases y asocia la política socialista a un concepto materialista de persona subordinada a un fin impersonal. De hecho, claro está, el Papa no ha defendido una visión individualista de la persona. La vida social es constitutiva de la dignidad de la persona humana, porque las personas son siempre sociales, conforme enseña la encíclica *Divinis Redemptoris*.

En tal perspectiva, se comprende el corporativismo moderado y el socialismo de Pío XII. Subyacente a la propuesta, se encuentra la afirmación de la dimensión moral y constitutiva de las relaciones sociales que el pontífice percibe como tendencialmente anulada por el predominio de las relaciones de mercado, sin desconocer, todavía, que, en el origen, la emergencia de la economía de mercado expresa el deseo de autonomía y libertad de las dependencias feudales.

Esa discusión en torno al valor trascendente de la dignidad de la persona humana viene afirmada, pues, fuertemente ante las dictaduras fascista y nazi. El pontífice estaba interesado en asegurar la libertad de la Iglesia Católica en dichos regímenes y estaba dispuesto al compromiso cuando podría obtener concesiones para la Iglesia, sin embargo, fue reafirmada la oposición a todas las formas de absolutismo estatal.

En el abordaje de Pío XII, la visión de la sociedad en que la dignidad humana es respetada no es un paraíso anárquico ni tampoco un *eschaton* (el final o culmen) marxista, más bien es una tarea moral presente dentro de las condiciones y de los límites de la vida humana. Entonces, la realización del fin no se convierte en ideal imposible, pero sí en un imperativo moral sostenible. El respeto a la dignidad es fortalecido dentro y por medio de sus límites y condiciones. Aunque la dignidad tenga un valor trascendente, permanece un bien finito. Aunque la reivindicación moral por el respeto a la dignidad sea incondicionada, permanece una pretensión que es estructurada y condicionada por los límites y por las posibilidades de las personas en la sociedad: es estructurada por aquella forma finita de mutabilidad, que es la forma humana de la dignidad trascendente.

#### b) Los binomios fin/medio, absoluto/relativo y espiritual/material

En la discusión acerca de la trascendencia de la dignidad de la persona humana, Vidal cita el imperativo categórico kantiano como ética —el ser humano es y debe ser tratado como “fin” y jamás como “medio”—. Para Kant, la bondad moral está en la actitud coherente con la realidad de la persona. Ahora bien, esa actitud se expresa con la categoría de fin/medio. En efecto, la categoría de fin/medio, la segunda fórmula del imperativo categórico, se puede comprender de la siguiente manera: “actúa de tal manera

que siempre consideres la humanidad, tanto en su persona como en la de cualquier otro, como fin y jamás como puro medio”.

El ser humano es una realidad “absoluta” y no “relativa”. La persona tiene una dimensión moral porque no es un ser que se constituye como tal por la referencia a otro ser. El ser humano es de este modo un universo de carácter absoluto. No pretendemos negar que la persona tenga la instancia de apertura hacia los demás y a Dios, pero, aun en tal movimiento de apertura, no se puede perder la dimensión de centro; no se puede abandonar su carácter de absoluto.

Los dos grupos de categorías “fin/medio” y “absoluto/relativo” tienen gran capacidad no solo de asumir críticamente la dimensión ética de la persona, pero incluso de fundamentar todo el edificio de la moral. Por otro lado, tienen la huella del tradicional, porque fueron utilizadas dentro de la más genuina tradición del respeto al valor de la persona humana (Vidal, 1997, p. 163).

La discusión acerca de la trascendencia de la dignidad de la persona humana está relacionada a estos binomios: fin/medio, absoluto/relativo y espiritual/material. Eso porque el derecho trabaja con las dos realidades: una es la realidad histórico-cultural y la otra es la realidad espiritual (Sarlet, 2016, pp. 32-33).

La afirmación de la “humanización” de la dignidad de la persona humana está en la afirmación conjunta de la ética civil y de la ética moral cristiana. La aceptación del valor absoluto de la persona no constituye un motivo de disensión entre éticas laicas y religiosas, sino la oportunidad y la garantía de un diálogo fructífero entre ambas (Vidal, 1997, p. 165).

A afirmação conjunta do valor absoluto da pessoa por parte da ética civil e da ética cristã não é para disputar um terreno em litígio, mas para estabelecer um campo comum de actuação (sic), de diálogo e de convivência. Perante as divergências que nascem inevitavelmente das diversas cosmovisões e face às inevitáveis intransigências, fruto inadequado das divergências, é possível e necessário estabelecer um critério de unificação superior. Esse critério é o apelo ao valor absoluto da pessoa, a fim de construir uma história digna do ser humano. (Vidal, 1997, p. 165)

### c) Histórico-cultural-dinámico

En la historicidad de la trascendencia de la dignidad de la persona humana, la discusión continúa en la cuestión del “derecho natural” y de la naturaleza humana universal. Sin embargo, la perspectiva histórica se encuentra, no pocas veces, “de parte”

de la tradicional concepción “objetiva”, que sostiene ser la naturaleza humana universal, dotada de dignidad, en cuanto fundada sobre el orden inmutable, establecido por Dios o sobre la semejanza con Dios mismo, raíz de la que derivan los derechos humanos de manera lógico-necesaria (Manzoni, 2010, p. 300).

Por otra parte, tal apelación al derecho natural, antes que fruto de una convención elaborada, parece intentar responder a la necesidad de universalidad y de comunicación concerniente a la sociedad contemporánea y a la que la Iglesia pretende responder, apelando a la naturaleza humana universal. El problema, no obstante, es si puede ser pensada y reconocida una naturaleza humana universal fuera o completamente anterior a sus determinaciones y expresiones históricas. Se pregunta si la dignidad del ser humano y los derechos humanos pueden ser pensados como instancias “objetivas, inviolables e inalienables”, independientemente de la pluralidad de sus contenidos y del contexto histórico-social en los que sean proclamados (Manzoni, 2010, p. 300).

En otras palabras, la expresión “naturaleza humana” viene comprendida como un “principio normativo”, un indicativo ético. De ahí se percibe que el término “naturaleza” no tendría el significado de algo puramente estático y fijo, sino que, de un conjunto estable y permanente de posibilidades, un esquematismo moral dinámico marcado por una inmanente “intencionalidad” abierta al *bonum humanum*, desde donde, todavía, se llega a que el concepto de naturaleza albergaría un elemento de perennidad, o sea, que trasciende a un elemento histórico-dinámico (Manzoni, 2010, p. 301).

Esa discusión sobre la trascendencia de la dignidad de la persona humana parece ser muy necesaria para esta investigación que busca, en esta comparación introductoria entre la Iglesia Católica y el Derecho —doctrina social y dogmática jurídica— encontrar algunos elementos comunes de convergencias y elementos de divergencias. Por eso, las convergencias y divergencias dependen mucho de la mirada del investigador y de sus cosmovisiones del tema investigado. Parece ser posible un criterio de unificación para entender los elementos de aproximación e interdependencia de las dos instituciones investigadas: la Iglesia Católica y la dogmática jurídica. Es el tema que se verá a continuación.

#### **4. La Relación entre la Doctrina Social de la Iglesia Católica y la Dogmática Jurídica en la Trascendencia de la Dignidad de la Persona Humana: el Derecho Natural**

En la Doctrina Social de la Iglesia Católica se pueden ver dos dimensiones: en la primera, se puede hablar de una dimensión humana (de la filosofía); y en la segunda de

una dimensión trascendente sobrenatural. Ambas apuntan hacia el origen y al destino últimos de la dignidad de la persona humana: “convicción de la inteligencia”, aunque “conquistada”, en el sentido de ser también el resultado de un hacer, un actuar en la esfera social. Y la “convicción de fe”.

El motivo es que la Iglesia —vale la pena observarlo desde ahora— cree en el hombre: ella piensa en el hombre y se dirige a él no sólo a la luz de la experiencia histórica, no sólo con la ayuda de los múltiples métodos del conocimiento científico, sino ante todo a la luz de la palabra revelada del Dios vivo. Al hacer referencia al hombre, ella trata de expresar los designios eternos y los destinos trascendentes que el Dios vivo, Creador y Redentor ha unido al hombre. (Juan Pablo II, 1981, n. 4)

No parece ser posible negar la dimensión conquistada de la dignidad de la persona humana ni el esfuerzo de la inteligencia a través de la evolución cultural e histórica, ya constatada en la humanidad, es decir, su dimensión social. Tampoco se puede negar la dimensión sobrenatural, o sea, la “convicción de fe”, la búsqueda del ser humano por algo que trasciende lo puramente social.

#### **4.1. El derecho natural en la dogmática jurídica**

Así explica Lafer:

Certo é que o direito natural abrange uma elaboração doutrinária sobre o direito, mas apresenta, em suas vertentes de reflexão, vias muito variadas e diferenciadas, que não permitem atribuir-lhe univocidade, mas apenas algumas notas que permitem identificar; a ideia de imutabilidade —presume princípios que, por uma razão ou outra, escapam à história e, por isso, podem ser vistos como intemporais; a ideia de universalidade. Por isso, estes princípios são metatemporais. Ainda, os homens têm acesso através da razão, da intuição ou da revelação —por isso, os princípios do direito natural são dados e não postos por convenção. (1988, p. 36)

En la elaboración del derecho natural, dos planes se presentan: “É possível distinguir os seus dois planos: o ontológico e o deontológico. No primeiro, identifica-se o direito com o direito natural, no segundo, o direito natural aparece como um sistema universal e imutável de valores” (Lafer, 1988, p. 36).

## a) En el ontológico

En la Doctrina Social de la Iglesia Católica, esto quiere decir que la trascendencia de la dignidad de la persona humana merece respeto tal y como el ser humano. Significa considerar su esencia, especialmente por haber sido ser él creado a imagen y semejanza de Dios. “He aquí la fuente del verdadero humanismo integral – Dios” (Pablo VI, 1967, n. 42). En cuanto a la codificación del concepto de dignidad de la persona humana, tal hecho contribuyó a ordenar el caos del derecho privado, ante las políticas públicas y sociales. En otro aspecto, ofrece al Estado un instrumento eficaz de intervención en la vida social.

## b) En el deontológico

En el Derecho, la dogmática jurídica aborda dos planes: ontológico y deontológico. La primera acepción abarca a la segunda, pues, en este caso, el ser del Derecho (ontológica) se constituye como deber del derecho positivo (deontología), en la medida en que se afirma que el derecho y hacer justicia son concebidos como actividades sinónimas. La segunda acepción, sin embargo, no abarca a la primera. En efecto, si se admite la existencia de valores universales e inmutables, no se niega la presencia de otros valores como los sociales, políticos y económicos que influyen en la realidad jurídica (Lafer, 1988, pp. 36-37). Así es proclamada la verdadera relación entre la Doctrina Social de la Iglesia Católica y la dogmática jurídica.

Sarlet así lo explica:

Tal teoria, além de não ser incompatível com a concepção ontológica da dignidade (vinculada a certas qualidades inerentes à condição humana), significa que uma proteção jurídica da dignidade reside no dever de reconhecimento de determinadas possibilidades de prestação, nomeadamente, a prestação do respeito aos direitos, do desenvolvimento de uma individualidade e do reconhecimento de um auto enquadramento no processo de interação social. (2015, p. 45)

La dignidad de la persona humana clama por una relación adecuada entre la Doctrina Social de la Iglesia Católica y la dogmática jurídica, pues necesita que dicha dignidad sea reconocida y desarrollada en su individualidad. Es menester que haya una protección humana cristiana y jurídica, capaz de ofrecer respeto a los derechos inherentes a la dignidad de la persona.

#### **4.2. El bien común en la relación entre la Doctrina Social de la Iglesia Católica y la dogmática jurídica acerca de la trascendencia de la dignidad de la persona humana**

Primeramente, lo que se prescribe en la Doctrina Social de la Iglesia Católica es la dignidad, unidad e igualdad de todas las personas del cual deriva, antes que nada, el principio del bien común, el mismo que se debe relacionar cada aspecto de la vida social para encontrar pleno sentido. Se entiende por bien común: "...el conjunto de condiciones de la vida social que hacen posible a las asociaciones y a cada uno de sus miembros el logro más pleno y más fácil de la propia perfección..." (*Gaudium et Spes*, n. 26).

Así, el Compendio de la Doctrina Social de la Iglesia define el bien común de la siguiente manera:

El bien común no consiste en la simple suma de los bienes particulares de cada sujeto del cuerpo social. Siendo de todos y de cada uno es y permanece común, porque es indivisible y porque sólo juntos es posible alcanzarlo, acrecentarlo y custodiarlo, también en vistas al futuro. Como el actuar moral del individuo se realiza en el cumplimiento del bien, así el actuar social alcanza su plenitud en la realización del bien común. El bien común se puede considerar como la dimensión social y comunitaria del bien moral. (2006, n. 164)

El bien común en el Derecho —dogmática jurídica— debe ser entendido en las dos acepciones de la dignidad de la persona humana: primera, la posición especial del ser humano en el cosmos; segunda, la posición por él ocupada en la vida pública, es decir, el ser humano es diferente del resto de la naturaleza tanto por el motivo de ser el único animal racional, como por la manera activa con que se mueve en la vida pública, lo que le confiere un valor totalmente particular. Habría que mencionar, también, la ofensa a la dignidad de su naturaleza racional, ya que su dignidad personal mana de sus acciones realizadas en pro del bien común (Becchi, 2013, pp. 9-10).

Así también lo aclara Maritain acerca del bien común; aunque la dignidad humana sea algo intrínseco y propio del ser humano, el Estado y la Sociedad tienen el deber moral y ético de auxiliar su prevalencia. Recuerda el autor que "o bem comum é fundamental da autoridade, pois, a fim de conduzir uma comunidade de pessoas para o seu bem comum..., é mister que alguns em particular sejam encarregados dessa tarefa" (1967, p. 21), o sea, el bien común es un objeto social que necesita ser promovido, estimulado por alguien.

Refiriéndose al bien común y a la dignidad de la persona humana en su relación con la Doctrina Social Católica y la dogmática jurídica en la trascendencia, se puede constatar los sentidos absoluto y relativo.

Sarlet explica la premisa kantiana:

O homem e, duma maneira geral, todo o ser racional, existe como fim em si mesmo, não simplesmente como um meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas ações, tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que se dirigem a outros seres racionais, ele tem sempre de ser considerado simultaneamente como um fim. Portanto, o valor de todos os objetos que possamos adquirir pelas nossas ações é sempre condicional. (2016, p. 40)

En tales términos, la respuesta a las reivindicaciones a la dignidad de la persona humana está claramente asociada a la protección del bien común de todas las personas. Pero hay una serie de condiciones sociales que facilitan la realización del bien personal por parte de los seres humanos. Esas condiciones son realidades culturales y organizativas, y requieren una vida social que promueva el bien común temporal de todos, así como la convicción de su trascendencia.

Para demostrar la trascendencia jurídica de la dignidad de la persona humana, Maritain presenta dos planes: el espiritual y el temporal. Respecto del primero:

...a nossa atividade visa, como objeto determinante, à vida eterna, a Deus e às coisas de Deus, à obra redentora de Cristo à qual devemos servir em nós e nos outros. É o plano da Igreja. No segundo plano, de atividade, que é o plano do temporal, agimos como membros da Cidade terrena e como envolvidos nos negócios da vida terrena da humanidade. (2018, pp. 293-294)

En esta reflexión presentada, no importa el orden, puede ser intelectual o moral, científica y artística o social y política. Nuestra actividad, aunque está (si es honesta) dirigida hacia Dios como fin último, plantea en sí misma, como objeto determinante los bienes que no son la vida eterna, pero que conciernen, de manera general, a las cosas del tiempo, a la obra de la civilización o de la cultura. Es el plan del mundo (Maritain, 2018, pp. 293-294).

En el pensamiento de Maritain, estos dos planes de actividades son nítidamente distintos, pero no están separados. Ejemplifica, en el primer plan, en torno al orden de las cosas del mundo, esto es, el César (el terreno temporal); en el segundo plan, las cosas de

Dios (Redención o espiritual). Para Maritain, estos dos órdenes permanecen nítidamente distintos, pero no se puede hacer esto: una mitad para las cosas del mundo y otra mitad para las cosas de Dios, una pagana y otra cristiana.

Los dos planes son también presentados en sus sentidos ontológico y deontológico, refiriéndose al derecho natural, o sea, el ser del derecho se constituye como deber ser del derecho positivo, en la medida en que el derecho y hacer justicia son actividades concebidas como sinónimas. Esto, cuando se admite la existencia de valores universales e inmutables y no se niega la presencia de otros valores como los sociales, políticos y económicos que influyen en la realidad jurídica (Lafer, 1988, p. 37). Tal distinción y unidad de los dos planes sirve como base fundamental para la defensa de la dignidad de la persona humana en los planes metafísico y jurídico.

Para el derecho natural, en el derecho contemporáneo el orden moral está positivado, pero existe flexibilización de las interpretaciones, tomando en cuenta que los conceptos de moralidad acompañan a la evolución histórica de la sociedad. Es en ese sentido, la mezcla del derecho natural debe servir de base al derecho positivo, o subsidio, puesto que el derecho positivo envejece y el natural no. He aquí su trascendencia en la dignidad de la persona humana.

Para la ontología, se hizo necesario meditar sobre el sentido ontológico junto al sentido deontológico porque la primera acepción acabaría por abarcar a la segunda, pues, en tal caso, el propio ser del Derecho, o sea, la ontología, se constituye como deber ser del derecho positivo, o sea, la deontología, en la medida en el derecho, más precisamente en el caso concreto, y hacer justicia son concebidos como actividades sinónimas, tanto una como la otra. Aquí, el ontológico trae el sentido trascendente de la dignidad de la persona humana.

Finalmente, en relación a la Doctrina Social de la Iglesia Católica y a la dogmática jurídica, el bien común está conectado a la dignidad de la persona humana. Lleva a su protección, pues el bien común no es tan solo la suma de los bienes humanos, sino que tiene valor moral, el cual trasciende a todos los bienes y se realiza en el tiempo y en el espacio, o sea, en una época histórica.

## **5. Conclusión**

La Doctrina Social de la Iglesia Católica sobre la trascendencia se apoya en un fundamento religioso para indicar que la dignidad humana se cimenta en el principio de que el ser humano fue creado a imagen y semejanza de Dios. Ese es el principio fundante y esencial para que se desarrolle y realice cualquier concepto o aplicación social de los

derechos y deberes de la persona humana. Así, la Iglesia pone, en segundo plan, el aspecto filosófico de la dignidad de la persona humana, pero, aun así, resalta solamente aquel proveniente de la ley natural, por la que Dios puso en los seres humanos su condición de inteligencia y voluntad libres.

El Derecho, a su vez, privilegia y pone en primer lugar a las cuestiones históricas, la historicidad. No importa tanto lo que la filosofía clásica determina con sus principios. Todo lo que tiene sentido son las transformaciones de actitudes y pensamiento que la sociedad produce en la evolución de su tiempo y espacio que pasan a ser más importantes que la concepción ontológica de la dignidad de la persona humana.

Para el Derecho moderno, la cuestión filosófica de naturaleza y de ley natural significa poco para que se apunte hacia los fundamentos de la dignidad de la persona humana. Solamente el desarrollo histórico del pensamiento y de las costumbres de la humanidad es capaz y suficiente para fundamentar la cuestión de la dignidad humana. Basta con señalar que fue necesario el intervalo de tiempo desde las concepciones del Derecho Romano hasta las nuevas concepciones del Iluminismo y de la Revolución Francesa para que hubiera una evolución e implicancia efectiva acerca de la persona humana en la sociedad, principalmente occidental.

Acerca de la cuestión de la trascendencia del concepto de dignidad de la persona humana, tanto como de varios otros temas, la Doctrina Social de la Iglesia Católica y la dogmática jurídica se complementan y contribuyen para una perfecta y armónica comprensión de la dignidad de la persona humana, en la historicidad, en el concepto y en su trascendencia.

Por consiguiente, la Iglesia no niega la historicidad, pero no la considera el móvil principal de la conducción de los principios de la dignidad humana. El Derecho, a su vez, no niega la importancia de la religión y de la filosofía para contribuir en el concepto y efectividad de los derechos fundamentales de la persona humana, consecuencias de su dignidad fundamental, sino que hace uso de ellas solamente para instrumentalizar la comprensión y no para constituir su esencia.

## Referencias

Barcelos, A. P. (2002). *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais – O princípio da dignidade da pessoa humana*. Renovar.

- Barroso, L. R. (2016). *A Dignidade da Pessoa humana no Direito Constitucional Contemporâneo—A construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Fórum.
- Becchi, P. (2013). *O Princípio da Dignidade Humana*. Santuário.
- Benedicto XVI. (2005). Carta Encíclica *Deus Caritas Est*. *La Santa Sede*. [http://www.vatican.va/content/benedict-xvi/es/encyclicals/documents/hf\\_ben-xvi\\_enc\\_20051225\\_deus-caritas-est.html](http://www.vatican.va/content/benedict-xvi/es/encyclicals/documents/hf_ben-xvi_enc_20051225_deus-caritas-est.html)
- Cianciardo, J. (2020). *La Cultura de los Derechos Humanos: Razón, Voluntad, Diálogo*. UNAM. *Biblioteca Jurídica Virtual*. <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/6272-la-cultura-de-los-derechos-humanos-razon-voluntad-dialogo>
- Conselho Episcopal Latino-Americano. (2009). *Documento de Aparecida*. Paulinas.
- Concilio Vaticano II (1965). Constitución Pastoral *Gaudium et Spes*. *La Santa Sede*. [http://www.vatican.va/archive/hist\\_councils/ii\\_vatican\\_council/documents/vat-ii\\_const\\_19651207\\_gaudium-et-spes\\_sp.html](http://www.vatican.va/archive/hist_councils/ii_vatican_council/documents/vat-ii_const_19651207_gaudium-et-spes_sp.html)
- Concilio Vaticano II (1965). Declaración *Dignitatis Humanae*. *La Santa Sede*. [http://www.vatican.va/archive/hist\\_councils/ii\\_vatican\\_council/documents/vat-ii\\_decl\\_19651207\\_dignitatis-humanae\\_sp.html](http://www.vatican.va/archive/hist_councils/ii_vatican_council/documents/vat-ii_decl_19651207_dignitatis-humanae_sp.html)
- Cruz, A. A. F. & Pozzoli, L. (2015). Princípio Constitucional da dignidade humana e o direito fraterno. *E-Revista da Faculdade de Direito Santo Agostinho*, 5, 85-94. <https://direito.fasa.edu.br/k/fasajus/12160887.pdf>
- Francisco. (2015). Carta Encíclica *Laudato Si'*. *La Santa Sede*. [http://www.vatican.va/content/francesco/es/encyclicals/documents/papa-francesco\\_20150524\\_enciclica-laudato-si.html](http://www.vatican.va/content/francesco/es/encyclicals/documents/papa-francesco_20150524_enciclica-laudato-si.html)
- Juan XXIII. (1963). Carta Encíclica *Pacem in Terris*. *La Santa Sede*. [http://www.vatican.va/content/john-xxiii/es/encyclicals/documents/hf\\_j-xxiii\\_enc\\_11041963\\_pacem.html](http://www.vatican.va/content/john-xxiii/es/encyclicals/documents/hf_j-xxiii_enc_11041963_pacem.html)
- Juan Pablo II. (1981). Carta Encíclica *Laborem Exercens*. *La Santa Sede*. [http://www.vatican.va/content/john-paul-ii/es/encyclicals/documents/hf\\_jp-ii\\_enc\\_14091981\\_laborem-exercens.html](http://www.vatican.va/content/john-paul-ii/es/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_14091981_laborem-exercens.html)
- Lafer, C. (1988). *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. Companhia das Letras.
- León XIII. (1891). Carta Encíclica *Rerum Novarum*. *La Santa Sede*. [http://www.vatican.va/content/leo-xiii/es/encyclicals/documents/hf\\_l-xiii\\_enc\\_15051891\\_rerum-novarum.html](http://www.vatican.va/content/leo-xiii/es/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum.html)

- Manzoni, G. (2010). A dignidade da pessoa humana na Doutrina Social da Igreja. *Teocomunicação – Revista de Teologia da PUCRS*, 40(3), 289-306. <https://revistaseletronicas.pucrs.br/index.php/teo/article/view/8153>
- Maritain, J. (1967). *Os Direitos do Homem*. José Olympio.
- Maritain, J. (2018). *Humanismo integral: problemas temporais e espirituais de uma nova cristandade*. Cultor de Livros.
- Orsini, E. F. (2006). *O princípio da dignidade humana: garantia constitucional*. Fundação de Ensino Eurípedes Soares da Rocha.
- Pablo VI. (1967). Carta Encíclica *Populorum Progressio*. *La Santa Sede*. [http://www.vatican.va/content/paul-vi/es/encyclicals/documents/hf\\_p-vi\\_enc\\_26031967\\_populorum.html](http://www.vatican.va/content/paul-vi/es/encyclicals/documents/hf_p-vi_enc_26031967_populorum.html)
- Pío XI. (1931). Carta Encíclica *Quadragesimo Anno*. *La Santa Sede*. [http://www.vatican.va/content/pius-xi/es/encyclicals/documents/hf\\_p-xi\\_enc\\_19310515\\_quadragesimo-anno.html](http://www.vatican.va/content/pius-xi/es/encyclicals/documents/hf_p-xi_enc_19310515_quadragesimo-anno.html)
- Pires, A. S. (2018). *A Dignidade da Pessoa Humana: Historicidade, Conceito e Transcendência – Um Estudo a Respeito das Encíclicas Sociais Católicas em Comparação com a Dogmática Jurídica*. UNIVEM.
- Pontificio Consejo Justicia y Paz. (2006). Compendio de la Doctrina Social de la Iglesia. *La Santa Sede*. [http://www.vatican.va/roman\\_curia/pontifical\\_councils/justpeace/documents/rc\\_pc\\_justpeace\\_doc\\_20060526\\_compendio-dott-soc\\_sp.html](http://www.vatican.va/roman_curia/pontifical_councils/justpeace/documents/rc_pc_justpeace_doc_20060526_compendio-dott-soc_sp.html)
- Sarlet, I. W. (2009). *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*. Livraria do Advogado.
- Sarlet, I. W. (2015). *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*. Livraria do Advogado.
- Spaemann, R. (1988). Sobre el Concepto de la Dignidad Humana. *Revista Persona y Derecho*, Navarra, (19), 13-33. Recuperado de: <https://revistas.unav.edu/index.php/persona-y-derecho/article/view/32580>.
- Vidal, M. (1997). *Dicionário de moral*. Santuário.



# LAS CONDICIONES CARCELARIAS EN EL PERÚ AFECTAN LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. A PROPÓSITO DE LA COVID – 19

*Juan Diego Castilla Zuñiga\**  
*Universidad Católica Sedes Sapientiae*  
castillazunigaj@gmail.com

**Resumen:** El presente artículo de investigación desarrolla un tema de interés colectivo — las condiciones carcelarias del Perú— cuya desatención como problema ha persistido por mucho tiempo. Sin embargo, cobra mayor relevancia por el contexto actual de la pandemia causada a raíz de la COVID-19. Dichas condiciones no cumplen con las mínimas medidas para un tratamiento adecuado, afectando diferentes derechos fundamentales, sobre todo en este contexto de emergencia sanitaria, afectando al derecho de la salud y vida.

La metodología utilizada es la inductiva, en aras de crear conocimientos que se basan en las evidencias presentadas, las mismas que se adquirieron de diferentes fuentes ya citadas, desarrollando el análisis. El presente trabajo se estructura en cinco apartados los cuales se inicia con la introducción, seguidamente del marco teórico y problema, además análisis, conclusiones y la bibliografía o referencias. Finalmente, es importante señalar la relevancia del tema a tratar para aportar ideas, concretas, reales y específicas a la sociedad y comunidad universitaria.

**Palabras clave:** Sistema penitenciario, condiciones carcelarias, COVID-19, derechos fundamentales, vulneración de derechos.

## PRISON CONDITIONS IN PERU AFFECTS FUNDAMENTAL RIGHTS WITH THE PURPOSE OF COVID – 19

**Abstract:** This research article develops a topic of collective interest —the prison conditions of Peru— whose neglect as a problem has persisted for a long time. However, it is more relevant due to the current context of the pandemic caused by COVID-19. These conditions do not meet the minimum measures for adequate treatment, affecting

---

\*Alumno del sexto ciclo de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Sedes Sapientiae (UCSS). Integrante de la Asociación Derecho y Realidad - Ius Et Re conformada por alumnos de la Facultad de Derecho UCSS. Integrante del Círculo de Estudios de Derecho Penal de la Facultad de Derecho UCSS.

different fundamental rights, especially in this context of health emergency, affecting the right to health and life.

The methodology used is inductive, in order to create knowledge that is based on the evidence presented, the same that was acquired from different sources already cited, developing the analysis. The present work is structured in five sections which are the introduction, theoretical framework and problem, analysis, conclusions and the bibliography or references. Finally, it is important to point out the relevance of the topic to be discussed in order to contribute concrete, real and specific ideas to society and the university community.

**Keywords:** Prison system, prison conditions, COVID-19, fundamental rights, violation of rights.

## 1. Introducción

Para comenzar a estudiar y exponer la problemática planteada en el presente artículo es necesario manejar puntos, incluso conceptos que se tratarán o serán utilizados a lo largo del escrito, principalmente en lo referido al ámbito penitenciario del país.

Tratar el tema de las condiciones carcelarias, uno de los tantos problemas que desató la pandemia de la COVID-19, es saber también que cada interno se encuentra en las cárceles por diferentes delitos cometidos e incluso, simplemente, por supuestos delitos que aún no se han comprobado. Solo están dentro de estos recintos como medida de prevención.

La problemática planteada de las condiciones que afectan los derechos humanos comienza desde el trato que tiene el interno dentro de las cárceles, ya que se tiene un pensamiento equivoco, y en gran medida extremista, de que la persona por cumplir condena de cárcel tiene que morir en prisión, cuando verdaderamente no es así. Sin embargo, para conocer los tratamientos y condiciones de las prisiones en nuestro país, es necesario saber que los tratamientos se dan según regímenes penitenciarios para cada persona, además esta última se encuentra dentro de un sistema penitenciario.

El presente trabajo presenta un enfoque mixto, ya que desarrolla ideas de manera cualitativa, describiendo diferentes aspectos, así como ideas cuantitativas, basadas en estadísticas adquiridas de diferentes portales institucionales. Asimismo, el método inductivo empleado, ayudará a crear conocimientos a partir de todo lo expuesto

anteriormente. El problema principal será ver cuán factible es mantener a un interno en las mismas condiciones carcelarias frente a una pandemia.

## 2. El Sistema penitenciario

Este concepto de sistema penitenciario ha sido confundido, en la mayoría de las veces, con el concepto de régimen, a tal punto que son tomados como sinónimos cuando realmente no lo son. De acuerdo con Solís Espinoza (2008), el sistema penitenciario vendría a ser:

La organización general que en materia penitenciaria se adopta en un país determinado, para la ejecución de las penas, organización general que sigue diversos criterios y dentro del cual quepan dos o más regímenes penitenciarios, porque es difícil que en una realidad nacional sea suficiente un solo régimen de ejecución penal para la multiplicidad de personalidades que caracterizan a los internos del país. (p. 7)

Conforme a lo expuesto en el párrafo anterior, el sistema penitenciario es la organización que se adopta, por parte del Gobierno, para ejecutar las penas que se les impone a las personas que cometieron delito. En el caso peruano, la institución encargada de administrar y dirigir el sistema penitenciario del país es el Instituto Nacional Penitenciario (INPE). Esta entidad, si bien es la encargada de manejar toda la organización, ha sido muy criticada durante los últimos años, ya que se ve directamente el desvío del objetivo que debe de tener como es preservar la integridad de los reos.

## 3. Régimen penitenciario

Otro término que se utiliza y está implicado en dicha problemática es el régimen. De acuerdo con Soliz Espinoza (2008), se tiene que entender por régimen:

... [al] conjunto de condiciones y medidas que se ejercen sobre un grupo de internos que presentan características similares. Asimismo, cada régimen cuenta también con una reglamentación o norma particular que lo diferencia de los otros. Por ello, el régimen de ejecución penal, que a veces erróneamente se denomina sistema penitenciario, viene a ser la especie dentro del género que es el sistema. (p. 7)

En otras palabras, el régimen penitenciario es el conglomerado de todas las normas que van a dirigir la manera de como una persona pasará los días en la cárcel hasta cumplir su condena. No puede existir un solo régimen, ya que las cualidades de todos los internos no son las mismas. Hay personas, internos, que están entrando por vez primera a la cárcel, por lo que no ameritarán un mismo régimen como la persona delincuente que reincide.

#### **4. Tratamiento penitenciario**

Uno de conceptos que se va a mencionar en el presente artículo corresponde al tratamiento penitenciario. Empleando las palabras de Soliz Espinoza (2008) en torno al tratamiento, este viene a ser:

La acción o influencia dirigida a modificar la conducta delictiva del condenado, en función de sus peculiares características personales. Las influencias o medidas que se adopten, pueden ser de las más variadas dentro de cada régimen penitenciario... (p. 7)

Un tratamiento penitenciario va de acuerdo a cada régimen que se le aplica a la persona condenada. No obstante, en las páginas que siguen se evaluará con más detalle cada uno, o por lo menos algunos, de los aspectos que se incluyen en el tratamiento penitenciario.

#### **5. Condiciones carcelarias**

Para conocer la problemática central de la sobrepoblación de internos en las cárceles y hacer las cuestiones correspondientes, es necesario ver y analizar cuáles son las condiciones de las cárceles en el país. Desde los tratamientos, que incluirían los servicios y condiciones básicas, hasta la infraestructura en la que se encuentran.

Ha de recordarse que las condiciones carcelarias tienen que ver tanto con el tratamiento como con la infraestructura. De acuerdo con las reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (1955):

El tratamiento de los condenados a una pena o medida privativa de libertad debe tener por objeto, en tanto que la duración de la condena lo permita, inculcarles la voluntad de vivir conforme a la ley, mantenerse con el producto de su trabajo, y crear en ellos la aptitud para hacerlo. Dicho tratamiento estará

encaminado a fomentar en ellos el respeto de sí mismos y desarrollar el sentido de responsabilidad.

Son claros los objetivos que se imparten en el mencionado congreso, sin embargo, habrá de verse cuáles son las condiciones de esos tratamientos en el Perú. En el país, mediante el Decreto Supremo N. 009-2007-JUS, se aprobó el reglamento de organización y funciones del instituto nacional penitenciario, en cual se establece los lineamientos para el tratamiento penitenciario. Empero, el área más importante es la Subdirección de Asistencia Penitenciaria, la misma que se encargará de plantear, organizar, ejecutar, priorizar las actividades y programas educativos, sociales, salud y religiosos para el tratamiento de las personas que se encuentran privadas de su libertad.

Cada persona que se encuentra en las cárceles tiene una capacidad y aptitud diferente que se puede sacar a flote para así ayudarlo en la resocialización de las personas. A continuación, se pasará a ver cuáles son las condiciones en las que se encuentran los internos privados de su libertad en las cárceles del Perú.

### **5.1. Condiciones psicológicas de los internos**

De acuerdo con la Defensoría del Pueblo en su artículo:

La asistencia psicológica se encuentra regulada en el artículo 92° del Código de Ejecución Penal y en los artículos 143° al 146° de su reglamento. En ellos se establece que la asistencia psicológica se brinda en aras de alcanzar los objetivos del tratamiento penitenciario.(p. 129)

Por medio de la asistencia psicológica se intenta ayudar a los internos, a través de terapias y diagnósticos, con el fin de tener una mejor vivencia y ayudar al proceso de resocializarlo a la comunidad. Es por ello que se tienen que regir bajos lineamientos de acciones que ayuden a la educación, convivencia con las personas y mejorar conductas sociales que rijan su vida. Además, se sabe que la asistencia psicológica también sirve para los menores de edad, cuyas madres perdieron su libertad y viven en el establecimiento hasta el término de su privación.

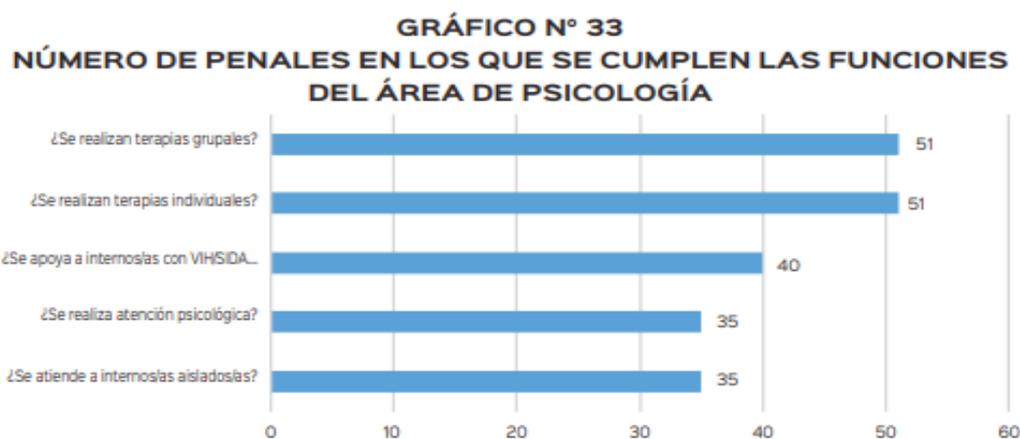
De acuerdo con las informaciones recogidas de la Defensoría del Pueblo (2018), la atención psicológica no es igual en todos los establecimientos penitenciarios, pues se realizan más terapias individuales y/o grupales. En algunos penales se dan de manera diaria y en otras no. A pesar de ello, existen dificultades para la aplicación de esta atención

psicológica, que es parte de las condiciones que deben recibir los internos. Son dos las situaciones:

- a) Se suspende la atención a las personas que se encuentran aisladas de los pabellones, ya sea por seguridad, por salud o castigo que se le impone.
- b) La falta de personal de salud para atender a más de 90 000 internos con los que cuenta las cárceles en este momento.

Existen 69 establecimientos penitenciarios en todo el Perú. No obstante, ya la población de internos alcanzó su límite y el personal de salud psicológica no se da abasto. En la Figura 1 podrá verse con más detalle la realidad de este hacinamiento:

Figura 1  
*Número de Penales con servicio de psicología*



De “Retos del Sistema penitenciario peruano” (p. 130), por Defensoría del Pueblo, 2018.

Lo ideal es que, en unas buenas condiciones carcelarias, la atención psicológica sea una de los servicios primordiales, además que se ofrezcan en todos los establecimientos. Pero ahora la regularidad de estas atenciones solo se da cuando una persona lo solicite, debido a que existe como, ya se ha mencionado, una sobrepoblación carcelaria y menos personal de salud mental. Recordemos que un profesional de la salud, al igual que muchas profesiones, podría solo trabajar con grupos menores de 25 o 30 personas, sin embargo, debido a los problemas antes mencionados, esto no se puede cumplir en tales establecimientos.

Citando a la Defensoría del Pueblo (2019):

A modo de ejemplo, cabe mencionar que en el penal de Iquitos de Varones, se ha advertido que para una población de 1056 internos solo se cuenta con un equipo multidisciplinario, que además realiza apoyo para la atención documentaria de la población del penal Mujeres de Iquitos una vez a la semana, ya que no se cuenta con personal de tratamiento. Así también, en el penal Cusco de Varones, solo se cuenta con dos asistentes sociales para un total de 2661 internos. (p.131)

En conclusión, la condición de atención psicológica no es la mejor, debido a los factores mencionados, entre uno de ellos, el hacinamiento, motivo de la problemática planteada.

## **5.2. Condiciones Educativas de los internos**

La educación es un derecho que la Constitución Política de 1993 establece en sus artículos 13 y 17. En ella, se señala que la finalidad de la educación es el desarrollo integral de la persona, además, el Estado peruano debe de garantizarlo a través de una libre enseñanza. En el artículo 77, inciso 1 de las reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos dada por la Organización de las Naciones Unidas se señala que se tomarán disposiciones para mejorar la instrucción de todos los reclusos capaces de aprovecharla, incluso la instrucción religiosa en los países en que esto sea posible. La instrucción de los analfabetos y la de los reclusos jóvenes será obligatoria y la administración deberá prestarle particular atención.

Se puede entender y deducir que los internos tienen que ser educados. De igual forma, tienen que contar con actividades que pongan distracción a la mente y los recree.

En las líneas del marco internacional, existen más normas dentro del código de ejecuciones penales que establecen las medidas que se deben adecuar y garantizar. Entre ellas, está la educación para una formación mínima requerida por las normas constitucionales, además de las internacionales. Como ya se indicó en párrafos anteriores, cada interno tiene capacidades, aptitudes y talentos diferentes que deben estar en desarrollo, a través de un mínimo de educación básica. Ha de reforzarse esas capacidades creando métodos de aprendizaje, los cuales desarrollen más actividades con valores académicos.

Después de haber concluido una parte del marco legal que tiene la educación penitenciaria, se pasará a ver la realidad de la aplicación de estas normas al sistema penitenciario del país. Para empezar, actualmente se cuenta con un total de 69 establecimientos penitenciarios a nivel nacional. Gracias a las estadísticas y comentarios recogidos por la Defensoría del pueblo (2018), es posible conocer un poco la realidad en

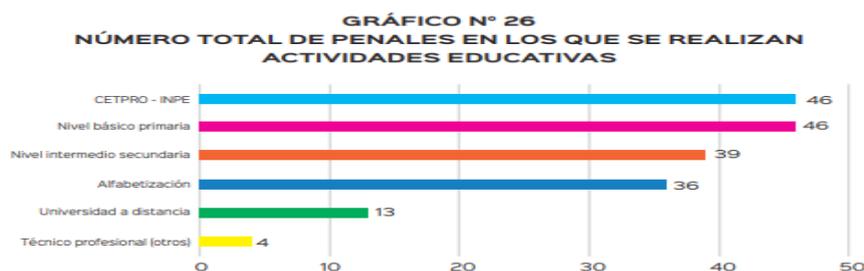
cuanto a cuáles son las condiciones en el ámbito de educación. La institución mencionada señala los retos del sistema penitenciario peruano:

Del total de los 54 establecimientos penitenciarios supervisados, se identificó que 46 brindan estudios de educación Primaria, 39 de educación Secundaria y 36 de Alfabetización. Asimismo, 46 penales brindan actividades técnico productivas a través de los Centros de Educación Técnico Productivo-CETPRO, teniendo menor presencia las actividades de educación superior y técnico profesional. (2019, p. 113)

En una inspección, no a todos los establecimientos penitenciarios, sino solamente a 54, encontraron las deficiencias para brindar una educación necesaria y mínima para los internos. La Figura 2 servirá para ejemplificar mejor las observaciones hechas por la Defensoría:

Figura 2

*Número de penales con actividades educativas*

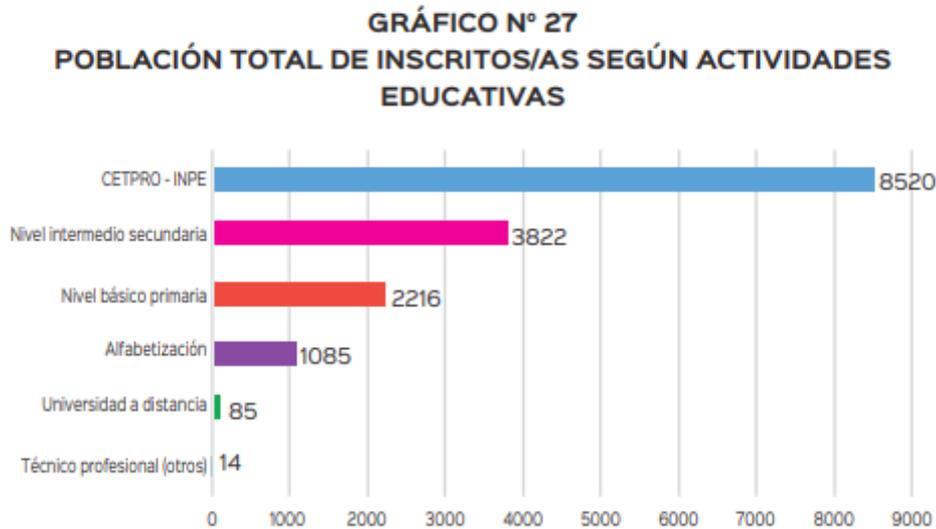


De “Retos del Sistema penitenciario peruano” (p. 112), por Defensoría del Pueblo, 2018.

El primer punto es preocupante, ya que, de la totalidad de los establecimientos penitenciarios, solo en 46 de ellos, existe un CETPRO y un nivel básico de primaria. En 39 un nivel intermedio de secundaria y de los demás puntos de educación, la situación llega a niveles paupérrimos.

A continuación, con ayuda de la Figura 3, se verá la cantidad de internos que reciben esta oportunidad de educación en los establecimientos que se encuentra disponible.

Figura 3

*Población penitenciaria en actividades educativas*

De “Retos del Sistema penitenciario peruano” (p. 113), por Defensoría del Pueblo, 2018.

De acuerdo con las estadísticas mostradas, menos del 15% del total de la población penitenciaria accede a la educación mínima (primaria). Escasamente podría hablarse o mencionar las personas que acceden a la educación superior, ya que solo es menos del 1% del total.

Las dificultades, al igual que otras asistencias del sistema relacionadas con las condiciones que se le dan a los internos, son iguales:

- a) La gran cantidad de personas privadas de su libertad
- b) El poco personal que se cuenta para cubrir las necesidades de los internos.
- c) La falta de infraestructura para acondicionamientos de centro de educación.

Es fundamental que el Estado promueva este derecho a la educación en los centros penitenciarios, que crezcan las oportunidades educativas y se llegue al objetivo en común.

### **5.3. Condiciones laborales de los internos**

En lo referido a este tema, nuevamente puede acudir a la Constitución Política del Perú, puesto que, en su artículo 2.º, señala que el trabajo es un deber y un derecho. Del mismo modo, es la base del bienestar social, además de ser el medio para la realización de cada uno.

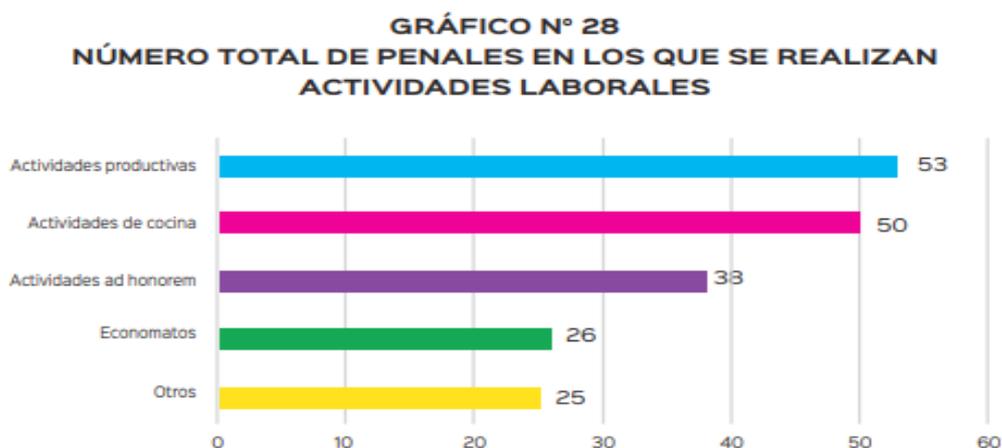
En las normas internacionales se establece, entre las reglas mínimas para el tratamiento penitenciario, que la persona debe poner en manifiesto sus aptitudes y estar en contacto con el producto de su trabajo, no se debe de probar de ello.

Como se sabe, existen normas nacionales dentro del código de ejecución penal en donde queda precisada la importancia del trabajo de la persona interna para que contribuya al objetivo, que es la resocialización, además de poder aportar a los gastos que se le genera dentro como fuera del establecimiento. Pueden apoyar a su familia con el trabajo que realizan. Uno de los cuestionamientos que se realizan son las condiciones en los que los internos deberían de realizar esta actividad, ya que es deber del estado garantizar un espacio y condiciones dignas para ello.

Muchos de los de los penales en los que existe estos beneficios se caracterizan por tener una producción de objetos de madera o postres. Al respecto, la Figura 4 servirá para ejemplificar con más amplitud lo dicho anteriormente:

Figura 4

*Número de penales con actividades laborales*



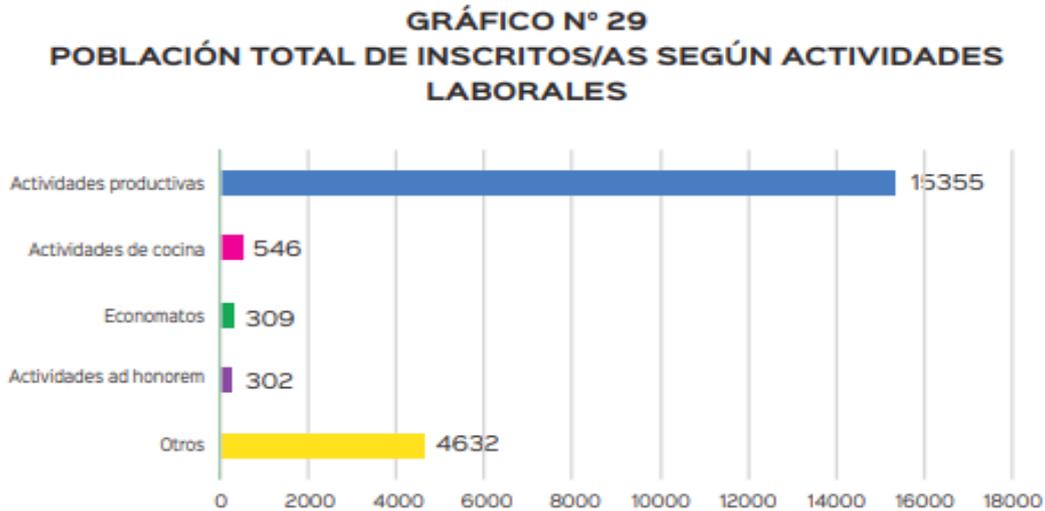
De “Retos del Sistema penitenciario peruano” (p. 116), por Defensoría del Pueblo, 2018.

En 53 penales se llevan a cabo estas actividades productivas. De acuerdo con el informe que emitió la Defensoría del Pueblo, no se llega a la totalidad de los establecimientos penitenciarios y eso es un gran problema, ya que no contribuye a su resocialización.

Para situarse en la cantidad de población penitenciaria, que son alrededor de 90 000 internos, la Figura 5 ayudará a describir mejor la cantidad de personas inscritas según las áreas de trabajo:

Figura 5

*Número de internos inscritos en las actividades laborales*



De “Retos del Sistema penitenciario peruano” (p. 117), por Defensoría del Pueblo, 2018.

Es una necesidad de la población que se encuentra privada de su libertad, generarse los ingresos económicos para así poder aportar a sus familias a los gastos o deudas que tengan en su vida. Sin embargo, se ve que las condiciones no son las mejores dentro de un sistema penitenciario que falta mejorar.

Para concluir este apartado, se debe mencionar que los datos recogidos son de hace dos años atrás, en un contexto al que se podría llamar “normal”. Empero, nos vemos inmerso en una pandemia producida por un virus invisible, que ha sacado a flote las deficiencias de este sistema, además de un hacinamiento excesivo en las cárceles que no se puede mantener de esa manera.

## **6. Condiciones de hacinamiento de los internos**

El Perú, al igual que muchos países del mundo, viene atravesando momentos difíciles debido a la pandemia de la COVID-19 (SARS-CoV-2), pandemia que no solo ha afectado a población de adultos mayores, sino a personas jóvenes y adolescentes. Este virus ha destapado diversos problemas que están relacionados principalmente con la salud, pero también con relación a un sistema penitenciario deficiente.

Uno de los retos que tiene el Gobierno, a propósito de la pandemia, es el de hacinamiento penitenciario. Existen 69 centros carcelarios en el Perú con más de 90 000 internos privados de su libertad.

El hacinamiento significa una sobrepoblación en las cárceles que pasan el límite permitido de capacidad. Si a ello le sumamos las condiciones en las que se encuentran, abordadas ya en párrafos anteriores, acaso ello no afecta sino los derechos humanos de las personas. Una persona privada de su libertad no deja de ser humano y no se le puede quitar los derechos fundamentales que son inherentes de ellos.

Es preciso recordar que el pasado 15 de marzo el Gobierno decretó el estado emergencia por los motivos ya señalados, mencionando y recomendando el aislamiento y distanciamiento social adecuado. Es en este momento donde cabe hacerse la preguntas: ¿Cuál es la situación de los reos en el país? ¿Se puede cumplir con las medidas sanitarias pertinentes? La respuesta sería que no, puesto que existe una sobrepoblación que se detallará ahora.

De acuerdo con el Instituto Nacional Penitenciario (2020):

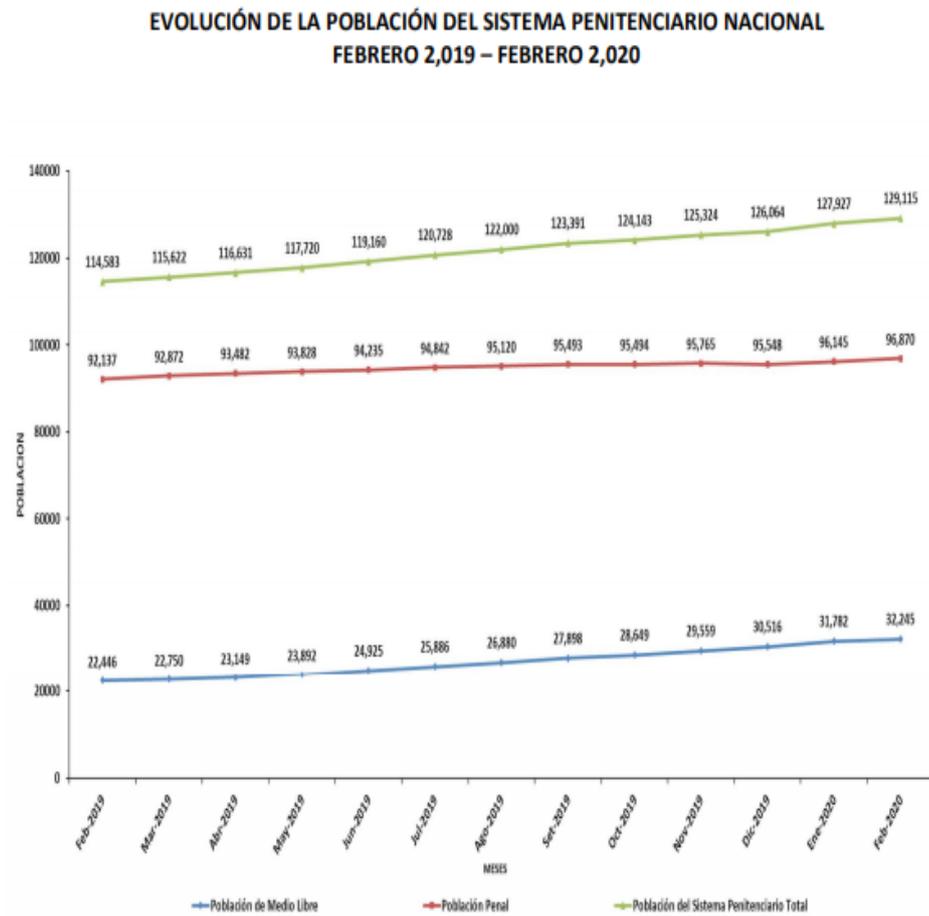
La población del sistema penitenciario al mes de febrero 2,020 es de 129,115 personas. De ellos, 96,8702 se encuentran en establecimientos penitenciarios al tener mandato de detención judicial o pena privativa de libertad efectiva, mientras que 32,245 personas asisten a establecimientos de medio libre al haber sido sentenciados a penas limitativas de derechos, dictaminado medidas alternativas al internamiento, o liberados con beneficio penitenciario de semilibertad o liberación condicional. (p. 4)

En un año la población penitenciaria ha crecido excesivamente, llegando a más de los 96 000 internos quienes se encuentran distribuidos en todos los establecimientos penitenciarios del país. Felizmente, existe otro porcentaje que tienen un beneficio penitenciario de semilibertad, porque de lo contrario la situación se haría más crítica.

### **6.1. Evolución de la población penitenciaria**

Los internos de los penales del Perú han tenido un incremento excesivo en tan solo un año (de febrero 2019 a febrero de 2020). Gracias al último informe del INPE del presente año, es posible precisar la evolución de los internos, tal como se aprecia en la Figura 6:

Figura 6  
Evolución población penitenciaria



De “Informe estadístico” (p. 5), por INPE, 2020.

La población penitenciaria pasó de tener 114, 583 a tener 129, 115. Es decir, aumentó 14,532 en un solo año. Esta preocupante es cifra, ya que equivale a un aumento porcentual de 13.

Si bien es cierto que en el total de la población carcelaria se considera tanto a las personas que se encuentran en establecimientos intramuros, privadas de libertad como en extramuros (personas liberadas con beneficio penitenciario), de todas maneras, el aumento de los que se encuentran en cárceles asciende a más de 96, 000 personas.

## 6.2. Infraestructura penitenciaria

El Perú cuenta con poca infraestructura carcelaria para albergar a la totalidad de los internos. Se menciona que el sistema penitenciario cuenta con dos tipos de establecimientos,

los cuales son los Establecimientos penitenciarios intramuros y extramuros, como fue señalado en líneas anteriores.

En relación a los establecimientos penitenciario intramuros, donde se encuentran las personas privadas de libertad, el país cuenta con 69. Durante la pandemia se implementa uno más que era el antiguo penal San Jorge, para los internos activos.

Existen también los establecimientos extramuros que controla la población con beneficios penitenciarios. Sin embargo, se prestará atención a la infraestructura intramuros, que son los centros que albergan a los internos privados de su libertad. El informe del INPE (2020) destaca:

Respecto de la infraestructura intramuros. El Reglamento de Organización y Funciones del Instituto Nacional Penitenciario (ROF)<sup>3</sup> señala en sus artículos 65° y 66° la clasificación de los penales en los tipos A, B, C y D. Así tenemos que hay un 37% de penales con más de 1,200 internos, que pueden ser denominados “establecimientos penitenciarios grandes”. Sin embargo, al contrastarlos con su capacidad de albergue podremos afirmar que en realidad no son grandes en capacidad sino en ocupación lo que significa que se encuentran con mayor índice de sobrepoblación. (p. 10)

Los establecimientos de tipo D albergan de 1 a 199 personas; el de tipo C, de 200 a 899; el de tipo B, de 900 a 1199 y el de tipo A más de 1200 internos. Solo un poco más del 10% son considerados establecimientos grandes. No obstante, ya no es suficiente tener grandes, la realidad exige la necesidad de tener establecimientos “enormes” para albergar a la totalidad de internos en condiciones mínimas adecuadas.

## **7. Capacidad de albergue, sobrepoblación y hacinamiento**

La capacidad de albergue hace referencia a las cantidades mínimas y máximas que debe o tiene un establecimiento penitenciario. Es claro que el hacinamiento surgirá cuando la cantidad de internos sobrepase el aforo permitido. Es importante resaltar que cuando el máximo de población excede el 20% de la capacidad total del establecimiento, se considera una sobrepoblación crítica.

Es muy cierto que el Perú figura entre los países que cuenta con una sobrepoblación excesiva en las cárceles, lo cual no permite que se brinde las condiciones necesarias para el objetivo en común que es la resocialización. A través de la Tabla 1 se podrá observar los niveles de hacinamiento en las cárceles peruanas:

Tabla 1

*Niveles de hacinamiento en la población carcelaria peruana*

Oficinas Regionales / Establecimiento Penitenciario	Regio- de	Capacidad de Alber- gue (C)	Alber- ción Penal (P)	P o b l a - ción % O c u - pación	Sobre Población (S=P-C)	% Sobre Población (%S)	H a c i n a - miento (%S>20%)
<b>Total</b>		40137	97493	243%	57356	143%	SI
<b>Norte-Chiclayo</b>		6514	18171	279%	11657	179%	SI
<b>Lima – Lima</b>		17341	46018	265%	28677	165%	SI
<b>Sur – Arequipa</b>		1252	4383	350%	3131	250%	SI
<b>Centro – Huan- cayo</b>		2064	7313	354%	5249	254%	SI
<b>Oriente – Huán- uco</b>		3240	6889	213%	3649	113%	SI
<b>Sur Oriente – Cusco</b>		2918	6004	206%	3086	106%	SI
<b>Nor Oriente – San Martín</b>		5352	6070	113%	718	13%	SI
<b>Altiplano – Puno</b>		1456	2645	182%	1189	82%	SI

Nota. De “Modulo de estadísticas” (p. 1), por Instituto Nacional Penitenciario, 2020.

Como se constata en las estadísticas, actualizadas hasta hace pocas horas antes de realizar este artículo, todas las áreas regionales penitenciarias que están distribuidas en ocho oficinas regionales se encuentran hacinadas.

Mención aparte tendrán los dos establecimientos que se encuentran con más hacinamiento y menos hacinamiento, tal como se muestra en la Tabla 2.

Tabla 2

*Establecimientos con mayor y menor hacinamiento - Oficina Regional Penitenciaria de Huancayo*

<b>Oficina Regional Centro - Huancayo</b>	<b>Capacidad de albergue (C)</b>	<b>Población Penal</b>	<b>% Ocupación</b>	<b>Sobre Población (S=P-C)</b>	<b>% Sobre Población (%S)</b>	<b>Hacinamiento (%S&gt;20%)</b>
<b>E.P. Huancayo</b>	680	2293	337%	1613	237%	SI
<b>E.P. Mujeres de Concepción</b>	105	35	33%	-70	-66%	NO
<b>E.P. de Chanchamayo</b>	120	778	648%	658	548%	SI
<b>E.P. de Jauja</b>	85	132	155%	47	55%	SI
<b>E.P. de Tarma</b>	48	138	287%	90	187%	SI

Nota. De “Módulo de estadísticas” (p. 1), por Instituto Nacional Penitenciario, 2020.

Dentro del área de la Oficina Regional Penitenciaria de Huancayo, se encuentra la cárcel con el hacinamiento más crítico del país. A pesar de tener una capacidad de aforo de 120 personas, en la actualidad cuenta con 778 internos y eso equivale a una sobrepoblación de 548%.

No es posible continuar con una condición así. Como se ha visto a lo largo del texto, no existen condiciones necesarias para mantener a más internos, mucho menos en un tiempo de emergencia sanitaria, en el cual el Estado debería de garantizar la salud de todos los seres humanos del país, sin discriminación alguna, por más que en el imaginario de muchos, los internos deberían morir en la cárcel, sin ver el lado humano de ello.

Es importante señalar que se ha buscado contrastar las cifras con estadísticas actualizadas, ya que no podría ser un artículo únicamente cualitativo, cuando realmente la realidad del hacinamiento se muestra en cifras por demás muy lamentables.

## 8. Derechos humanos: marco normativo

Los derechos humanos son derechos intrínsecos de las personas tan solo por el hecho de pertenecer al género humano. Además, ciertos derechos son indispensables para la existencia de la vida y el desarrollo de su realización personal. Se le reconoce estos derechos a la persona como parte de la dignidad humana. Por tanto, al ser derechos intrínsecos, no podrán ser eliminados por un poder externo o arbitrario que lo imponga. No se le puede suspender, así la persona haya cometido un delito.

Los mencionados derechos han sido vulnerados a lo largo de la historia. Empero, los organismos internacionales pactaron firmar la Carta de las Naciones Unidas con el fin de positivizar los derechos fundamentales para garantizar y sancionar cuando sea necesario.

La Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2004) menciona:

La firma de la Carta de las Naciones Unidas en junio de 1945 situó los derechos humanos en la esfera del derecho internacional. Todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas acordaron adoptar medidas para proteger los derechos humanos. Tres años más tarde, la adopción de la Declaración Universal de Derechos Humanos proporcionó al mundo «un ideal común para todos los pueblos y naciones», basado en el «reconocimiento de la dignidad intrínseca de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana».

(p. 4)

En 1945 comienza la formalización y reconocimiento de los derechos fundamentales por parte de todos los países. Tal como se menciona, se debería crear “un mundo ideal” para todos, el respeto hacia este debería prevalecer incluso al estar privado de la libertad.

Ha sido muy discutido los tratos que reciben los internos sentenciados por la comisión de un delito o incluso personas privadas de libertad con prisiones preventivas. En esta línea, los agentes penitenciarios acogen a los internos y desde ese momento se activa un sistema de trabajos y tareas que deben de cumplir para la seguridad, tratamiento y acogida de los privados de libertad. Los agentes son los primeros que deberán de respetar los derechos humanos en un establecimiento penitenciario, pero en la práctica, muchas veces, no se realiza.

Existen los marcos normativos para una buena administración, desde los internacionales que rigen todo el sistema penitenciario, ya que los estados se deben

alinearse a ellos. Al respecto, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (1997) menciona:

En este marco, los instrumentos de derechos humanos, desde la Declaración Universal de Derechos Humanos hasta textos específicos como las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, el Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión o la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, ofrecen un conjunto de normas para ayudar al personal penitenciario a cumplir sus funciones mediante políticas y prácticas que sean legítimas, humanas y disciplinadas. (p. 5)

Como se menciona en la cita, existen marcos normativos internacionales que ayudan a prevenir la tortura y la vulneración de los derechos fundamentales que, como ya se ha dicho, no se puede quitar por el poder de uno. Todos los seres humanos como tales merecen condiciones dignas. Contrariamente, en el hacinamiento ello no se puede cumplir

A lo largo de los años, los países han firmado tratados internacionales que ellos mismos han ratificado en sus normas nacionales o en sus constituciones políticas. Uno de ellos es el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que se realizó el 19 de diciembre de 1966. En el mencionado tratado se protege principalmente el derecho al trabajo, el derecho *a un adecuado nivel de vida*, y el derecho a la educación.

También puede mencionarse la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; que se da el 10 de diciembre de 1984. Una convención muy importante para efecto de este trabajo y donde se constata que el hacinamiento va en contra de los derechos humanos. Esta convención da protección a las personas, los internos, contra la tortura y los malos tratos o tratos crueles que reciben.

Es por demás obvio que el Perú, teniendo más de 96, 000 personas reclusas cuando su capacidad solo es 50, 000 personas, contraviene esta convención internacional

Asimismo, la norma que cuenta con más alta jerarquía es la Declaración Universal de los Derechos Humanos y de las cuales se desprenden las dos anteriores. Como se sabe, esta declaración se dio el 10 de diciembre de 1948. Se optó por dejar esta norma para el final del texto, debido a que es la columna vertebral para poder entender de qué se habla cuando se habla del hacinamiento y por qué la situación actual tratada contraviene estos derechos. A continuación, se mencionarán algunos artículos de esta declaración.

En el artículo 5 dice: “Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”.

En el artículo 23 se menciona: “Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo”.

En el artículo 25 se afirma: “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar...”.

Por último, el artículo 26 establece: “Toda persona tiene derecho a la educación”.

Solo citamos los artículos más relevantes para efecto de este trabajo. El hacinamiento, como se pudo ver a lo largo del artículo, no permite la satisfacción suficiente de profesionales que garanticen el desarrollo y la no vulneración de los derechos humanos como el derecho a la educación, al trabajo, a una vida digna.

Cabe añadir que en este pequeño apartado se ha tratado de demostrar y desarrollar solo unas pocas normas internacionales que el Estado debería de garantizar para todos los seres humanos, así ellos estén condenados por un delito. Dormir en una celda donde hay nueve internos, jamás podrá significar una calidad de vida adecuada.

## 9. Conclusiones

- a. El Estado de adoptar medidas urgentes para deshacinar los establecimientos y no se ponga en riesgo la vida. Los organismos internacionales ya han dado consejos para que se llegue al objetivo y no se permita la vulneración de derechos de la población carcelaria. Además, cabe resaltar que no todos los mencionados reos cuentan con una sentencia fija, pues según el director del INPE, el 36% de internos no cuenta con sentencia firme.
- b. Un interno vive una penosa realidad, la afecta no solo su libertad, sino sobre todo sus derechos, entre ellos a la vida, a la dignidad o a la intimidad.
- c. El objetivo de las penas es la resocialización, no se trata de soportar condiciones paupérrimas por parte de los internos hasta llegar a la muerte.
- d. El hacinamiento es un atentado a la vida e integridad física, un hecho lamentable en el que el Estado debe intervenir.

## Referencias

- Comisión Episcopal de Acción Social. Programa Justicia Penal y Penitenciaria. (2006). Informe Penitenciario. Una mirada al mundo carcelario peruano. Editorial Roel. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/23775.pdf>
- Defensoría del Pueblo. (2019). Retos del Sistema Penitenciario Peruano: Un diagnóstico de la realidad carcelaria de mujeres y varones. <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2019/04/Retos-del-sistema-penitenciario.pdf>.
- Decreto Supremo N. 009-2007-JUS. (2007). Ministerio de Justicia y Derechos humanos. [https://www.peru.gob.pe/docs/PLANES/15328/PLAN\\_15328\\_2015\\_ROF.PDF](https://www.peru.gob.pe/docs/PLANES/15328/PLAN_15328_2015_ROF.PDF)
- Instituto Nacional Penitenciario. (2020). Informe estadístico del Instituto Nacional Penitenciario. <https://www.inpe.gob.pe/normatividad/documentos/4369-informe-estadistico-febrero-2020/file.html>
- Módulo de estadísticas del Instituto Nacional Penitenciario. (2020). Instituto Nacional Penitenciario <https://www.inpe.gob.pe/estad%C3%ADstica1.html>
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (1966). Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cescr.aspx>
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (1984). Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cat.aspx>
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (1977). Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos. Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente. <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/treatmentofprisoners.aspx>
- Organización de las Naciones Unidas. (1948). Declaración Universal de Derechos Humanos. <https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>
- Solís, A. (2008). Política Penal y Política Penitenciaria. Cuaderno N. 8. Departamento Académico de Derecho Pontificia Universidad Católica del Perú. <https://departamento.pucp.edu.pe/derecho/wp-content/uploads/2019/05/politica-penal.pdf>
- Tapullima, G. (20 de febrero de 2020). César Cárdenas, presidente del Instituto Nacional Penitenciario del Perú (INPE): “Cerca del 48% de presos no cuentan con

sentencias”. *Ojo público*. <https://ojo-publico.com/1622/dato-de-presidente-del-inpe-sobre-presos-sin-sentencia-es-enganoso>

Vega, F. (1972). Regímenes penitenciarios. *Derecho PUCP*, (30), 197-204. DOI: <https://doi.org/10.18800/derechopucp.197201.014>



# POLÍTICA CRIMINAL FLEXIBLE COMO RESPUESTA A LA CRISIS DE HACINAMIENTO CARCELARIO DURANTE LA EMERGENCIA SANITARIA POR COVID-19

*Camilo Andrés Maiguel Donado\**  
*Universidad del Atlántico*  
cmaiguel@mail.uniatlantico.edu.co

*Elías Jacob Barrios Márquez\*\**  
*Universidad del Atlántico*  
ejacobbarrios@mail.uniatlantico.edu.co

*María Genobelia Medina Turizo\*\*\**  
*Universidad del Atlántico*  
mgmedina@mail.uniatlantico.edu.co

**Resumen:** La presente ponencia tiene como objetivo principal hacer un análisis acerca de las teorías de la política criminal flexible, en especial atención a la preclusión y la justicia negociada para demostrar cómo estas instituciones jurídicas coadyuvan al saneamiento de la crisis de hacinamiento carcelario que ha recobrado especial importancia debido a la necesidad del distanciamiento social para evitar la propagación del virus COVID-19. Por ello, se utilizó el paradigma hermenéutico mediante el análisis documental para la estructuración mediante el método deductivo del desarrollo teórico de la ponencia. Se partió de un análisis contextual acerca de las implicaciones legales y sociales de la pandemia y la situación por el hacinamiento, se continuó con un acercamiento teórico sobre la política criminal flexible y el abolicionismo relativo de Luigi Ferrajoli, finalizando con el análisis de lo expuesto bajo la luz de la preclusión como modelo de justicia negociada.

---

\* Estudiante del Programa de Derecho adscrito a la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Atlántico. Perteneciente al semillero de investigación Ius Penal. [ORCID: 0000-0001-8758-7403](https://orcid.org/0000-0001-8758-7403).

\*\* Estudiante del Programa de Derecho adscrito a la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Atlántico. Perteneciente al semillero de investigación Ius Penal. [ORCID: 0000-0003-4548-6326](https://orcid.org/0000-0003-4548-6326).

\*\*\* Licenciada en Ciencias Sociales y egresada académica del programa de Derecho de la Universidad del Atlántico. Representante y miembro del semillero de investigación Ius Penal. [ORCID: 0000-0003-1424-7891](https://orcid.org/0000-0003-1424-7891)

En ese sentido, se obtiene como resultado final que la eficacia y posibilidad de aplicación de la preclusión puede ser evaluada conforme a los atisbos teóricos expuestos trayendo a colación dos premisas: la importancia de esta para enarbolar una política criminal flexible y los beneficios que trae esta implicación para la mitigación del hacinamiento carcelario.

**Palabras clave:** justicia negociada, hacinamiento, preclusión, abolicionismo, proceso penal.

## **FLEXIBLE CRIMINAL POLICY LIKE ANSWER TO THE PRISON CRISIS OF HACINAMIENTO DURING THE SANITARY EMERGENCY BY COVID-19**

**Abstract:** The main objective of this presentation is to make an analysis about the theories of flexible criminal policy. With special attention to preclusion and negotiated justice to demonstrate how these legal institutions, contribute to the healing of the crisis of prison overcrowding, which has recovered special importance due to the need for social distancing to prevent the spread of the COVID-19 virus. For this reason, the hermeneutical paradigm was used through documentary analysis for structuring through the deductive method of the theoretical development of the presentation. It started from a contextual analysis about the legal and social implications of the pandemic and the situation due to overcrowding, it continued with a theoretical approach on the flexible criminal policy and relative abolitionism of Luigi Ferrajoli, ending with the analysis of the above light preclusion as a model of negotiated justice. In this sense, the result is that the efficacy and possibility of application of the estoppel can be evaluated according to the theoretical insights exposed, bringing up two premises: the importance of this to raise a flexible criminal policy and the benefits that this brings implication for the mitigation of prison overcrowding.

**Keywords:** Negotiated Justice, Overcrowding, Estoppel, Abolitionism, Criminal Process.

### **1. Introducción**

El derecho penal erige sus bases doctrinales en los principios y valores constitucionales que dictan el camino a seguir en un Estado. Desde los postulados de Roxin, la defensa y protección de los bienes jurídicos derivados de la Constitución, establecen tanto el paradigma teleológico como los límites de las sanciones penales. Salvaguardar bienes jurídicos tutelados por la ley penal implica —necesariamente— una armonía frente al

margen aplicativo que sufre la libertad, so pena de establecer una política criminal que facilite el ejercicio de un derecho que se caracteriza por ser de última ratio.

La construcción legal y política del derecho penal suscita un debate en torno a la noción de proporcionalidad que debe existir ante las decisiones político-criminales que afectan el derecho constitucional de la libertad. Sin embargo, toda decisión, política y ley que se exprese en virtud de perseguir los fines del derecho penal, debe respetar las normas de la Carta Política. En ese sentido, los distintos escenarios y contextos que han emergido en los últimos años, requieren de una valoración del ser humano como sujeto de derechos que, aunque con restricciones según su actuar, lleva de manera intrínseca la dignidad humana.

No obstante, las decisiones político-criminales están permeadas, además del quehacer legislativo y su margen de acción constitucional, por la labor de los jueces penales y constitucionales quienes en sus fallos son también actores políticos determinantes. El ideal *ferrajoliano* de enarbolar un derecho penal garantista, muchas veces se ve entorpecido por el populismo punitivo que pretenden algunos sectores de la sociedad, so pretexto de castigar a distintos delincuentes cuyas conductas punibles representan un rechazo social significativo, al tratarse de violación a menores, abusos sexuales, terrorismo, narcotráfico, entre otros. El fin resocializador de la pena parece alejarse de lo que existe en la realidad de las políticas criminales.

A lo anterior, se le suma el constructo elaborado de principios rectores de los que goza la ley penal, los cuales, si bien propenden por un respeto de todas las garantías constitucionales, persiguen un fin común: la dignidad humana. De este modo, la ley sustancial y procesal en materia penal, han procurado que la actividad judicial y el desarrollo de las políticas criminales respeten dicho objetivo iusfilosófico. Por esta razón, son cuestionables todas aquellas políticas penitenciarias, carcelarias y criminales que vayan en contra de lo que la dogmática jurídico-penal y constitucional han establecido *prima facie*.

Así las cosas, el panorama en los centros penitenciarios parecen crecer en su masa, pero ir en detrimento en su calidad. Reconocer la igualdad y desconocer el populismo punitivo, hace que se dignifique al reo para así poder hablar de un verdadero Estado Social de Derecho. Permear de garantías el proceso de sanción punitiva hace que se reestructure la concepción ideológica de un problema estructural como lo es el hacinamiento.

Bajo esa óptica, la emergencia sanitaria generada por el COVID-19 ha agudizado la crisis carcelaria de hacinamiento y, con ello, se han tenido que establecer distintos planteamientos y lineamientos que permitan elaborar una política criminal flexible

cuyo fin sea el de ayudar a zanjar dicha problemática. La construcción de dicha política criminal implica la realización de un análisis acerca de las teorías que componen a la misma y de la manera cómo estas pueden aplicarse en un contexto de tal magnitud. Por lo anterior expuesto, surge una incógnita por resolver: ¿Cuál es el modelo teórico-práctico que, desde la perspectiva del derecho penal, coadyuva al saneamiento de la crisis de hacinamiento carcelario?

## 2. Método

La presente investigación se fundamenta en el análisis sobre las teorías de la política criminal flexible, haciendo énfasis en la preclusión y la justicia negociada para mitigar la crisis de hacinamiento carcelario, la cual se ha agudizado por la propagación del virus COVID-19. En ese orden de ideas, debe advertirse que la investigación es de tipo cualitativa, socio-jurídica y descriptiva. Asimismo, se pretenden observar los componentes y antecedentes acerca de esta temática, teniendo en cuenta el contexto del hacinamiento carcelario.

De allí que sea un estudio teórico-práctico que pretende construir un acercamiento sobre la política criminal flexible y el abolicionismo relativo de Luigi Ferrajoli. Continuando con el análisis de lo expuesto bajo la luz de la preclusión como modelo de justicia negociada. Todo esto arrojó como resultado, el análisis de la institución procesal penal de la preclusión como modelo teórico-práctico reflejo de lo acotado.

Se partió de una revisión bibliográfica, basada en la consulta y recopilación documental a partir de artículos científicos, bases de datos, gestores bibliográficos, artículos periodísticos, tesis de base de datos jurídica. Asimismo, se hizo una recopilación y análisis de fuentes oficiales tales como el INPEC, expuestas en el apartado de referencias.

Partiendo de los presupuestos mencionados, se procedió a la generación de información, en la que mediante las técnicas usadas se analizaron los distintos postulados teóricos aplicables a una política criminal flexible, que en su praxis conlleve el ejercicio del proceso penal con las respectivas garantías constitucionales que lo estructuran. Todo esto fue llevado a cabo a través del paradigma hermenéutico y la aplicación de un modelo de análisis deductivo para la implicación de datos específicos a partir de la estructuración de un problema general.

Teniendo como base la redacción del informe final, producto del análisis cualitativo que se desarrolló, se espera que este tendrá el impacto pretendido con la aplicación de

las instituciones jurídicas de preclusión y justicia negociada en sede de hacinamiento carcelario.

### **3. Hacinamiento carcelario durante la emergencia sanitaria del COVID-19**

En Colombia desde hace varios años se ha incrementado el problema del hacinamiento en los centros penitenciarios. Este crecimiento de la población carcelaria, más allá de la diferencia matemática entre el número de reclusos y el número de cupos disponibles, evidencia una clara violación de derechos constitucionales, dadas las condiciones paupérrimas en las que se encuentran privadas de la libertad estas personas. Tanto es así, que desde el año 1998, la Corte Constitucional sostuvo de manera categórica que “el hacinamiento desvirtúa de manera absoluta los fines del tratamiento penitenciario” (1998, p. 64).

En esa línea de ideas, la Corte declaró el ‘estado de cosas inconstitucionales’<sup>1</sup> e hizo un llamado vehemente a los distintos sectores estatales para que, mediante políticas criminales, se lograra resolver la vulneración sistemática de los derechos de estas personas. Sin embargo, pese a ese llamado de atención, la violación a gran escala de derechos permanece hasta la fecha y el hacinamiento carcelario se configura como uno de los más grandes problemas por resolver en materia penal (Borbón & Balaguera, 2020, párr. 1). Aunado a esto, el informe estadístico del INPEC (2020) del mes de enero del mismo año, arrojó que 30 establecimientos penitenciarios evidencian niveles superiores al 100% de hacinamiento, 7 de los mismos superan el 200% y 3 establecimientos penitenciarios llegan incluso a sobrepasar el 300%.

Según datos del World Prison Brief, en Colombia hay 235 personas privadas de la libertad por cada 100, 000 habitantes, y el 29% de la población carcelaria está en prisión preventiva. A corte de abril de 2020, según cifras del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC), había un total de 121, 010 personas privadas de la libertad, con un hacinamiento del 49.4%. Tómese en cuenta que el sistema está habilitado para alojar a 80, 709 personas (Dejusticia, 2020, p. 9).

Las anteriores cifras muestran una alaramente situación que trasciende las soluciones a corto plazo, toda vez que debe resolverse el problema de fondo, de modo tal

---

<sup>1</sup> “La figura del Estado de cosas inconstitucionales puede ser definida como un mecanismo o técnica jurídica creada por la Corte Constitucional, mediante la cual declara que ciertos hechos resultan abiertamente contrarios a la Constitución, por vulnerar de manera masiva derechos y principios consagrados en la misma, en consecuencia insta a las autoridades competentes, para que en el marco de sus funciones y dentro de un término razonable, adopten las medidas necesarias para corregir o superar tal estado de cosas” (Lyons, Monterroza & Meza, 2011, pp. 71-72).

que la vulneración sistémica de derechos fundamentales no continúe. Las falencias que se han incrementado año tras año se intensifican todavía más, debido a la propagación del virus del COVID-19. Su facilidad para contagiar a las personas es una bomba de tiempo, pues no existen las condiciones de higiene, hay carencia de instrumentos de aseo, no hay garantías en cuanto a los servicios públicos como el agua y la salud, así como la precariedad de las estructuras en las que se encuentra recluida la población carcelaria. Sin duda alguna, los valores y principios que fundamentan la dogmática constitucional y penal son menoscabados ante la complejidad de estas circunstancias.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece dentro de sí una serie de derechos que han de garantizarse a la población privada de la libertad. Puntualmente, el artículo 10 de dicho Pacto establece que “toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano” (Naciones Unidas, 1976). A partir de ello, surgen tres aspectos que los estados partes (incluyendo a Colombia) deben observar, a saber: la separación de los condenados y sindicados, la separación de menores y adultos y, el fin resocializador de la pena (Aristizábal et al., 2019).

La pena como medio para resocializar al individuo siempre ha sido un ideal noble del derecho penal, empero, conseguirlo va más allá de lo teórico. Las garantías y postulados iusfilosóficos en el curso del actuar humano adolecen de practicidad, pero gozan de muchísimas abstracciones. Y es por esto que Rafecas (2005) sostiene al respecto de Ferrajoli (1989) lo siguiente:

...El garantismo nació en el derecho como una respuesta frente a la gran divergencia existente entre lo que establecen las constituciones y demás normas superiores de los ordenamientos jurídicos que consagran derechos y garantías ideales para los ciudadanos y lo que acontece en la realidad, en donde tales derechos y garantías muchas veces no se cumplen. (p. 160)

Ahora, para enfrentar la crisis en las cárceles el Gobierno expidió el decreto 546 del 14 de abril de 2020. Con este decreto se propuso la detención o prisión domiciliaria por el término de 6 meses. Se estimó que unas 5, 596 personas estarían en capacidad de sustituir la cárcel por detención domiciliaria por ser mayores de 60 años o por lo menos unas 27, 819 lo harían por haber sido condenados a penas menores de 5 años (Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, 2020), pero, considerando todas aquellas excepciones estipuladas en la misma norma, estas cifras no se han llegado a consolidar.

Además, al hacer un análisis detenido del decreto 546 de 2020, puede preverse que no soluciona en absoluto el problema de fondo (Borbón & Balaguera, 2020).

La anterior discusión pone de manifiesto el deber de encontrar una salida que conduzca a la resolución de un estado de cosas latente. El hacinamiento, si bien representa una violación de derechos humanos, también configura la necesidad de construir una verdad cuyo fin sea el de lograr una aplicación efectiva de la justicia. Así pues, Vattimo (2009) al referirse a circunstancias en las que se evidencia una violación sistemática de derechos humanos, sostiene que:

La necesidad de saber la verdad objetiva sobre tantos hechos de este tipo (violaciones de derechos humanos, por ejemplo) no tendría sentido si no estuviera inspirada a su vez en la necesidad de hacer justicia, por lo tanto, de hacer valer no la objetividad en cuanto tal sino el derecho de todos los que sufrieron o sufren hasta ahora, y el propio derecho de la comunidad a reafirmarse como lugar de convivencia civil. (pp. 32-33)

En ese sentido, en aquellos contextos en los que es imprescindible la aplicación de negociaciones, la consecución real que se busca es la de construir mancomunadamente el cometido de justicia, bajo el entendido de que el Estado cumple con el objetivo de velar por las garantías y derechos de los reclusos, y estos últimos, lograr satisfacer su resocialización en la sociedad. Pese a lo anterior, y con el objetivo de construir una argumentación adecuada en torno a los postulados precedentes, es pertinente preguntarse si ¿puede la justicia negociada representar un beneficio para mitigar la crisis de hacinamiento carcelario agudizada por la pandemia del COVID-19?

#### **4. Consideraciones teóricas sobre la política criminal flexible y el abolicionismo relativo**

Desde los postulados iluministas, se ha propendido por la búsqueda de un derecho penal humano y una visión antropocentrista de la función de la pena. La ley no ha sido ajena a todo esto, sobre todo la ley penal, pues el derecho penal emerge como uno de los componentes básicos, siendo el método punitivo del estado y uno de los elementos básicos para la protección de los bienes jurídicos. Asimismo, en comparación con otras ramas del derecho, este presenta un alto grado de determinación; es decir, la ley penal debe estar irrigada del principio de tipicidad inequívoca para que se pueda llevar a cabo realmente un derecho penal liberal.

Así las cosas, para la determinación de un método correcto de vigilancia y castigo (Foucault, 2000), la teoría ha propendido por el estudio de la implicación de la pena como elemento del esquema del delito. De esta forma, destaca Arias Eibe (2006) que Roxin “pretende sistematizar, desarrollar y reconstruir las categorías dogmáticas de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad bajo el prisma de su función político criminal en una suerte de sistema abierto en orden a la resolución de los problemas que la realidad presenta” (p. 441). Es por ello que la política criminal y la función social de la pena cobra vital importancia a la hora de determinar quién debe ser castigado y cómo.

Es por lo dicho que una de las cosas más importantes no solamente es el análisis de los diversos esquemas del delito, sino precisamente cómo ha evolucionado —hablando sustancialmente— el derecho penal. Es decir, no se debe concebir el derecho a partir de los pensamientos, sino concebir los pensamientos a través del derecho. En otras palabras, poner un objeto de estudio como plano general (la pena en su sentido *lato*) para después poder aportar teoría jurídica.

Es por ello que deben concebirse dentro de las teorías punitivas las tesis sincréticas. Es decir, teorías medias de derivación criticista para arraigar el componente básico del derecho penal liberal. Y aunque a día de hoy, se hable de economía de frente a la conceptualización adecuada de la dirección del derecho penal, el verdadero sentido del derecho penal liberal se enarbola como la protección de las garantías de los derechos de los ciudadanos indistintamente del mecanismo que se utilice para ello.

A lo largo de la historia, se ha pensado que la manera correcta de concebir el poder punitivo era como respuesta al desarraigo social. No obstante, la manera correcta de concebir la punición es —como bien lo señala Fernández Carrasquilla (2002)— un derecho penal fragmentario y de última ratio. Es por ello que debe considerarse como el *noúmeno* de todo fenómeno de corrección a la desviación delictual, la resocialización y la prevención para evitar así caer en ‘quinielas’ populistas como el aumento de las penas.

El derecho penal es una estructura esencial compleja, pues se encarga no solamente de perseguir al criminal y de castigarlo sino también de su posterior rehabilitación. Y esta concepción amplia del mismo hace que a día de hoy se difuminen los límites que se establecen entre este, la criminología, la política criminal, la penología y la criminalística. Esto sirve como explicación para sustentar que Beccaria (1821) hablara sobre los delitos y las penas.

En el análisis póstumo de la obra magna del Marqués de Beccaria, hecho por Agudelo (2014) se menciona que la pena debe ser mínima, tanto en su duración, como en la infracción a las garantías (que deben ser protegidas a toda costa). Es por ello que

se planteó el abolicionismo como la teoría concreta de política criminal flexible para la concreción de los postulados iluministas en concordancia con un derecho penal liberal contemporáneo.

Visto de ese modo, de un lado existieron abolicionistas radicales como Louk Hulsman y otros relativos en cabeza de Luigi Ferrajoli. Así las cosas, la preocupación contemporánea de la teoría abolicionista relativa es concebir al derecho penal en un sentido amplio que recoja toda esta gama descrita en la criminalística, criminología, política criminal preventiva, política criminal de acción y la penología. Así las cosas, no se hablaría ya de derecho penal estricto sino de teoría jurídico-penal. Toda esta estructura esencial compleja debe establecerse como:

Un modelo teórico y normativo de derecho penal capaz de minimizar la violencia de la intervención punitiva —tanto en la previsión legal de los delitos como en su comprobación judicial— sometiéndola a estrictos límites impuestos para tutelar los derechos de las personas. (Ferrajoli, 2006, p. 11)

En el derecho penal donde se presencia el abolicionismo, en su sentido constitucionalizado, se puede evidenciar —al igual que en los modelos garantistas de derecho—:

un naciente paralelismo entre la validez y la vigencia [que] suscitaron entonces un cambio de paradigma constitucional ... El hecho de que se haga institucional y positivista la codificación de los derechos fundamentales, subyuga al legislador (constituyente) a una barrera tanto estructural como sustancial, de este modo el concepto de democracia dentro del marco de modelo garantista puede desencadenarse en cuatro contextos —civil, liberal, político y social— cuya interpretación nos deja entredicho que ningún agente del Estado o autónomo podrá pasar por encima de los derechos fundamentales. (Miguel Donado, 2018, p. 157)

Es por lo dicho, que el sistema penal debe orientarse hacia una aplicación abolicionista relativa de una pena que considere no solamente los esquemas tradicionales del castigo, sino también sistemas alternativos a este. Un Estado que es capaz de reconocer en la plenitud de sus capacidades configurativas una pena accesorio o alternativa, es capaz de reconstruir la resocialización de una manera adecuada. Es por ello que:

(...) Mientras se mantenga intacta la idea de castigo como una forma razonable de reaccionar al delito no se puede esperar nada bueno de una mera reforma

del sistema. En resumen, necesitamos un nuevo sistema alternativo de control del delito que no se base en un modelo punitivo sino en otros principios legales y éticos de forma tal que la prisión u otro tipo de represión física devenga fundamentalmente innecesaria. (Bianchi, 1985, p. 3)

Así las cosas, debe aunarse la teoría relativista del abolicionismo *ferrajoliano*. De este modo, la alternatividad se enarbola como respuesta al fin práctico bajo la luz del análisis corto de Agudelo (2014). En casos donde se identifica la participación criminal, se debe procurar por la resocialización del delincuente y no por el castigo. Es por ello que aquí la discusión abolicionista se hace importante, pues no hay pena privativa de la libertad intramural de manera inmediata y, además, hay una respuesta alternativa que se traduce en resocialización.

En el contexto de pandemia frente a la problemática estructural del hacinamiento carcelario:

...no implica renunciar a la propuesta abolicionista, porque frente a un comportamiento respecto del cual queremos mostrar repulsa también podemos argüir que esta ‘repulsa’ ha de adoptar una forma fundamentalmente reparadora, por ejemplo, ha de vetar determinados castigos por inhumanos como la prisión, y ha de constituirse en una justicia más democrática y participativa para con los afectados. (Larrauri, 2007, p. 30)

Por ello, un Estado que busque establecerse como una democracia liberal contemporánea, debe propender por la flexibilización de su poder punitivo. Lo dicho no debe entenderse como la abolición del derecho penal, pues este es necesario para la protección de los bienes jurídicos más preciados para la esfera de lo indecible del ser humano. La abolición relativa pretende reforzar la caracterización de última ratio del derecho penal para garantizar el orden social, sin caer en la idea fascista de un Estado que base su protección solo en el castigo.

El derecho penal debe ir en concordancia con las problemáticas sociales tendientes a la protección de los derechos y la humanización del proceso para la consecución de este primer objetivo. En términos del jurista ítalo-francés:

Es la protección del débil contra el más fuerte. Del débil ofendido o amenazado por el delito, y del débil ofendido o amenazado por la venganza; contra el más

fuerte, que en el delito es el delincuente y en la venganza es la parte ofendida o los sujetos públicos o privados solidarios con él. (Ferrajoli, 1995, p. 335)

Asimismo, Villegas y Barquero señalan que:

Las dos finalidades preventivas (la de los delitos y la de las penas arbitrarias) legitiman conjuntamente la “necesidad política” del derecho penal como instrumento de tutela de los derechos fundamentales. La legitimidad aquí, reitera, proviene del garantismo, esto es, de la tutela de los derechos fundamentales, aún contra los intereses de la mayoría: la inmunidad de los ciudadanos contra la arbitrariedad de las prohibiciones y de los castigos, la defensa de los débiles mediante reglas del juego iguales para todos, la dignidad de la persona del imputado. (2003, p. 16)

## **5. Acercamiento práctico a los preacuerdos como modelo de justicia negociada**

La celebración de preacuerdos en el proceso penal desde su génesis ha sido un tema controversial. Todo esto, dado que implica la renuncia a un “juicio, a garantías y derechos inherentes del procesado, como el contradictorio, debate probatorio y el interrogatorio de los testigos” (Consejo Superior de la Judicatura, 2010, p. 109). Así como implica la renuncia a esos derechos constitucionales, también prevé otras garantías para el procesado y es la terminación anticipada del proceso penal y una rebaja en la pena.

En atención a los principios políticos criminales y constitucionales, el preacuerdo representa una serie de “cambios de calificación jurídica sin base fáctica, orientados exclusivamente a disminuir la pena” (Sala de Casación Penal, 2020, p. 51). Además de ello, tiene de forma taxativa unas reglas aplicables en la práctica judicial, las cuales se señalan a continuación:

Enmarcar hechos jurídicamente relevantes y fundamentos probatorios en los delitos, calificar la conducta según la infracción penal, sustentar las rebajas y beneficios bajo el principio de discrecionalidad reglada, considerar los límites y prohibiciones legales en los episodios de graves atentados contra los derechos humanos, cumplir los estándares de presunción de inocencia y derechos de las víctimas, y verificar los presupuestos legales —por parte del juez— para la emisión de la condena. (Sala de Casación Penal, 2020)

El proceso penal es un tormento para el investigado desde el punto de vista social y psicológico. Atendiendo a las circunstancias del caso y si compromete la responsabilidad del imputado, es en este momento cuando la medida aplicada para la terminación anticipada del proceso se torna benigna y de recíproca colaboración con la justicia. Este tipo de negociación que es realizada entre la Fiscalía y el imputado tiene como finalidad:

Humanizar la actuación procesal y la pena; Obtener pronta y cumplida justicia; Activar la solución de los conflictos sociales que genera el delito; Propiciar la reparación integral de los perjuicios ocasionados con el injusto, Y; Lograr la participación del imputado en la definición de su caso. (Sala de Casación Penal, 2005, p. 22)

En este punto es necesario hacer la salvedad a partir de reiterados pronunciamientos de la Sala Penal. No debe entenderse la política criminal flexible como beneficios desproporcionados en la disminución de la pena, ya que los pactos realizados se deben ajustar al marco constitucional y los fiscales a las directivas de la Fiscalía General de la Nación. Es decir, esta actuación por parte de los fiscales “está regida por el principio de discrecionalidad reglada, conforme al cual deben armonizarse el necesario margen de maniobrabilidad para la solución temprana de los casos” (Sala de Casación penal, 2020, pp. 50-51).

El hecho de llegar a un acuerdo en el sistema penal es un logro sublime para el imputado. Es importante precisar que en la legislación colombiana todos los tipos de delitos son objeto de preacuerdos, a excepción de los contenidos en la legislación de Infancia y Adolescencia. Los preacuerdos entre la Fiscalía y el imputado, cumplidos bajo los parámetros de seriedad, rectitud y justicia, contribuyen de manera eficaz a evitar el adelantamiento de procesos penales con dilaciones indebidas. Con ello, puede cumplirse la finalidad de la humanización de la actuación procesal que le asigna la ley (Consejo Superior de la Judicatura, 2010, p. 113).

La actuación penal por parte del ente acusador requiere de una investigación que supere toda duda razonable. En este sentido, la investigación debe suponer la existencia de la responsabilidad en el imputado frente al caso de estudio. De no ser así, tendría como consecuencia la preclusión a favor del procesado. Es por esta razón que no se debe someter al acusado hasta tanto no se tenga certeza sobre su responsabilidad penal.

En este sentido, los mecanismos de justicia transaccional permiten llegar a la solución del conflicto criminológico bajo el entendido que el delito es una conducta

antijurídica y como consecuencia desestabiliza la convivencia en sociedad generando conflictos.

### **5.1. ¿Oportunidad procesal para llegar a un preacuerdo según la legislación colombiana?**

La legislación colombiana, ha establecido unas etapas procesales, en las que, haciendo buen uso de esta actuación, la aceptación de responsabilidad del sujeto pasivo de la acción penal, se refleja un beneficio en la dosificación de la pena. Todo esto, sin afectar los derechos e intereses de quienes participan en el proceso penal. A la postre, se puede observar una de las virtudes de un procedimiento garantista, que pregona la protección de los derechos del procesado.

El código de procedimiento penal Ley 906/2004 consagra lo relacionado a la oportunidad procesal para la realización y presentación de los preacuerdos o negociaciones, específicamente en cuatro oportunidades procesales, a saber:

Artículo 350. Desde la audiencia de formulación de imputación hasta antes de ser presentado el escrito de acusación. Se podrá llegar a un preacuerdo sobre los términos de la imputación.

Artículo 352. Posterior a la presentación del escrito de acusación y hasta el momento en que sea interrogado el acusado al inicio del juicio oral

Artículo 367. Alegación inicial una vez instaurado el juicio oral, en el que el procesado tiene la posibilidad de declararse inocente o aceptar su culpabilidad

Artículo 369. Manifestaciones de culpabilidad preacordada a inicios de la audiencia de juicio oral; el Fiscal debe indicar al juez los términos de preacuerdo, expresando la pretensión punitiva. (Congreso de la República, 2004)

En un sistema colapsado por innumerables investigaciones, resultaba imprescindible aprovechar aquellas oportunidades procesales para contribuir a la administración de justicia y estimular la justicia restaurativa con el fin de restituir el tejido social, así como prevenir la imposición de penas superfluas a través del apoyo de los mismos involucrados en las conductas punibles (Bedoya, Guzmán & Vanegas, 2010).

El Estado parte de la búsqueda racional de contrarrestar efectivamente las dilataciones en el proceso. Este objetivo del proceso, tiene como medio la concreción de la norma jurídica sustantiva. De hecho, ese *desiderátum*, acrecienta su necesidad en tiempos de pandemia por el COVID- 19. Y para garantizar los principios constitucionales dispone y logra una aplicación efectiva de la justicia, toda vez que, “el proceso es justo si

está sistemáticamente orientado hacia la producción de decisiones justas” (Taruffo, 2008, p. 135).

Es decir, no solo se trata de hacer procedimentalismo. La verdad supone un examen fáctico y verídico de los hechos, pues eso es lo que persiguen las partes en la resolución de un conflicto. Así pues, “una decisión es justa si se funda sobre una determinación verídica de los hechos relevantes”, y aunque no sea esto suficiente para una decisión justa, sí es destacable que no es posible arribar a una decisión legítima que esté fundamentada en hechos equivocados (Taruffo, pp. 136-137). Esto complementado con el criterio objetivo y modulador de la actividad procesal, en tanto que el Juez verifica el acuerdo garantizando la política criminal, los derechos fundamentales y valores jurídicos del sistema de justicia.

## 6. Conclusiones

- Los Estados latinoamericanos deben orientar sus políticas criminales de forma garantista para mitigar el impacto de un derecho penal violento sobre los derechos de las personas. A la par del garantismo, se debe propender por una política criminal flexible, reflejada en el abolicionismo relativo, verbigracia, instituciones procesales como la preclusión. En ese sentido, se tiene que el Estado debe cohibirse de desencadenar todo su poder en una visión positivista de la norma estricta e inequívoca, pues deben prevalecer los postulados teóricos por encima del fascismo práctico.
- El contexto actual de la pandemia no debe reducirse a la política sanitaria con el fin de evitar propagar el virus del COVID-19. Además de ello, se deben implementar medidas para evitar la propagación del contagio en los centros carcelarios, no solamente deben garantizar la salud en materia de bioseguridad y del distanciamiento social para los internos, sino que se debe aprovechar la oportunidad para mitigar un problema estructural que ha quedado al desnudo: el hacinamiento.
- La política criminal debe orientarse desde la justicia consensuada para lograr la finalidad de la economía procesal. Esta se caracteriza por una justicia ágil con fórmulas adaptadas a la realidad de la crisis sanitaria mundial. Dicha política se enfoca en la prevención y condenas cortas, situación que a futuro provee un mejor panorama del hacinamiento carcelario.
- El preacuerdo dentro del ordenamiento jurídico-penal colombiano materializa la negociación como medio político criminal idóneo del abolicionismo relativo. Así mismo, esta figura debe reducir las fases del proceso penal.
- El futuro de la política criminal latinoamericana, y en especial la colombiana-

na, debe apuntar a dos aspectos esenciales: a) concebir la justicia negociada como medio para reducir el hacinamiento carcelario y concretar una política criminal efectiva; esto debe partir de b) tener como base un derecho penal amplio, que haga parte de una estructura esencial compleja donde se tenga en cuenta: criminología, política criminal de acción, política criminal de prevención, penología y criminalística. En resumen, el derecho penal en su sentido amplio.

- Por lo anterior expuesto, los Estados deben concretar la finalidad del derecho penal liberal de hoy, el cual es la garantía de los derechos y deberes de los asociados, aunado esto al beneficio a mediano y largo plazo que es la disminución del hacinamiento. Esto debe ir de la mano con la correcta impartición de justicia, disminución de la propagación del virus del COVID-19 y una resocialización que permita la construcción de una sociedad en paz.

### Referencias

- Agudelo, N. (2014). Introducción. En C. Beccaria, *De los delitos y de las penas*. Nuevo Foro.
- Arias, M. (2006). Funcionalismo penal moderado o teleológico-valorativo versus funcionalismo normativo o radical. *Doxa*, (29), 439-453.
- Aristizábal, J. F.; Biceño, C.; Congote, A.; Díaz, V.; Flechas, M. C.; Marroquín, A., & González, M. (2019). Informe de Derechos Humanos del Sistema Penitenciario en Colombia. (2017-2018). Universidad de los Andes.
- Bianchi, H. (1985). *Justice as Sanctuary. Toward a New System of Crime Control*, Bloomington. University Press.
- Borbón, D., & Balaguera, J. (2020). Coronavirus, hacinamiento carcelario e inacción del Estado colombiano. Política Criminal. Universidad Externado de Colombia. <https://politicacriminal.uexternado.edu.co/coronavirus-hacinamiento-carcelario-e-inaccion-del-estado-colombiano/>
- Casación 21347 del 14 de diciembre del 2005 (2005). Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia (Ramírez Bastidas, Y.). <https://jurisprudencia.ramajudicial.gov.co/WebRelatoria/csj/index.xhtml>

- Casación 52.227 del 24 de junio del 2020. (2020). Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia (Salazar Cuéllar, P.). <https://jurisprudencia.ramajudicial.gov.co/WebRelatoria/csj/index.xhtml>
- Consejo Superior de la Judicatura. (2010). Cartilla guía de autoaprendizaje oficial: Preacuerdos y negociaciones de culpabilidad. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. <https://escuelajudicial.ramajudicial.gov.co/node/3200>
- Corda, A., Achá, R., Pereira, A., Cortés, E., Piñol, D., Paladines, J., Pérez, C., Soberón, R., Bardazano, G., Antillano, A. & Youngers, C. (2020). Aliviar el hacinamiento carcelario: salvavidas en tiempos de Covid. *Dejusticia*. <https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2020/07/DMAA-2-CEDD-Nuevo2-1.pdf>
- Corte Suprema de Justicia. (2020). Corte Suprema traza límites de la Fiscalía para dar rebajas y beneficios en acuerdos con los procesados. Noticias de la Corte Suprema. <https://cortesuprema.gov.co/corte/index.php/2020/07/08/corte-suprema-traza-limites-de-la-fiscalia-para-dar-rebajas-y-beneficios-en-acuerdos-con-los-procesados/>
- Fernández Carrasquilla, J. (2002). *Derecho penal liberal de hoy*. Grupo Editorial Ibáñez.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (Trad. P. A. Ibañez, A. R. Miguel, J. C. Bayón, J. Terradillos & R. Cantarero). Editorial Trotta.
- Ferrajoli, L. (2006). *Garantismo penal* (Vol. 34). UNAM.
- Foucault, M. (2000). *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión*. Siglo XXI.
- Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario. (2020). Informe estadístico. Población privada de la libertad. INPEC.
- Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario. (2020). Tableros Estadísticos. Rangos Etarios y Años Prisión Intramural. INPEC.
- Larrauri, E. (2007). *Criminología crítica y violencia de género*. Trotta.
- Ley 906. Por la cual se expide el código de procedimiento penal. DO: 45658. Congreso de la República. (2004, 31 de agosto). [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0906\\_2004.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0906_2004.html)
- Ley 1709. Por medio de la cual se reforman algunos artículos de la Ley 65 de 1993, de la Ley 599 de 2000, de la Ley 55 de 1985 y se dictan otras disposiciones. DO: 49.039. Congreso de la República. (2014, 20 de enero). [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1709\\_2014.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1709_2014.html)
- Lyons, J. Q., Monterroza, A. M. N., & Meza, M. I. (2011). La figura del estado de cosas inconstitucionales como mecanismo de protección de los derechos

fundamentales de la población vulnerable en Colombia. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, 3(1), 69-80.

- Maiguel Donado, C. (2018). La Democracia constitucional y un modelo garantista en Luigi Ferrajoli. *Advocatus*, 15(31), 153-164. <https://doi.org/10.18041/0124-0102/a.31.5076>
- Marchese di Beccaria, C. (1821). *Tratado de los delitos y de las penas*. Villalpando.
- Naciones Unidas. (1976). Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Naciones Unidas. <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>
- Rafecas, D. (2005). Una aproximación al concepto de garantismo penal. *Lecciones y ensayos*, (80), 159-176. <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/80/una-aproximacion-al-concepto-de-garantismo-penal.pdf>
- Sentencia T-153/98. (1998). Corte Constitucional (Cifuentes Muñoz, E). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm>
- Taruffo, M. (2008). ¿Verdad negociada? *Revista de Derecho*, 21(1), 129-151. <http://revistas.uach.cl/index.php/revider/article/view/2350>
- Vattimo, G. (2009). *Adiós a la verdad*. Meltemi Editore.
- Villegas, E. V., & Barquero, E. M. (2003). De los males, los menores: del abolicionismo y del garantismo. *Revista de Ciencias Jurídicas*, (102), 11-22. <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/view/13380>



# EL HACINAMIENTO EN LAS CÁRCELES DEL PERÚ AFECTA LA DIGNIDAD HUMANA. A PROPÓSITO DEL D.L. 1513 Y LA COVID-19

*Moisés N. Paz Panduro\**  
*Universidad Católica Sedes Sapientiae*  
mpaz@ucss.edu.pe

**Resumen:** La pandemia de la COVID-19 fue y es un duro golpe para el mundo y para nuestro país. Es en este sentido que el Presidente de la República decretó el estado de emergencia nacional, en este contexto nuestro país ha devenido en emblemático para contemplar el denigrante sistema penitenciario y apreciar los problemas estructurales e inhumanos que existe en él. Cabe agregar que precisamente por este motivo se amotinaron los internos de diferentes cárceles del Perú, pidiendo que el Estado les brinde medicinas, el espacio adecuado para evitar contagios, las mascarillas, entre otros. Así, los internos sentenciados y los que se encuentran con prisión preventiva se encuentran en las mismas condiciones infrahumanas. Como respuesta a tal emergencia sanitaria, se promulgaron los Decretos Legislativos N. 1513 y 1514, con el fin de deshacinar los establecimientos penitenciarios y salvaguardar la integridad, vida y salud de los reclusos condenados y no condenados. El propósito de este artículo es apreciar que, pese a existir normas e intenciones, en realidad los operadores de justicia no tienen interés en hacer respetar los derechos humanos de los internos de las cárceles.

**Palabras clave:** COVID-19, derechos humanos, cárceles, decreto legislativo, infrahumano, degradante, problema estructural, dignidad humana.

---

\* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) y magíster en Derecho con mención en Derecho Penal por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Profesor asociado en la Academia de la Magistratura (AMAG). Profesor de ABA ROLI Perú. Profesor en el Centro de Altos Estudios en Justicia Militar (CAEJM) - Fuero Militar Policial. Profesor y miembro del Departamento de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Sedes Sapientiae (UCSS) y en pre y post grado a nivel nacional. Fue vicepresidente de la Comisión Consultiva de Derecho Penal del Colegio de Abogados de Lima (CAL) 2016-2017. Es miembro del Consejo de Honor de la *Revista Derecho y Sociedad PUCP*. Autor de libros, materiales de enseñanza universitaria y diversos artículos jurídicos en revistas especializadas de derecho penal. Ha sido comisionado y secretario técnico en la Comisión Especial encargada de modificar el Código Penal en delitos de Minería Ilegal y delitos conexos (2012). Ha formado parte de CERIAJUS como delegado alterno en el GTT N° 07 (proyecto del Código Procesal Penal del 2004).

## OVERCOMING IN THE PRISONS OF PERU AFFECTS HUMAN DIGNITY. ON THE PURPOSE OF D.L. 1513 AND COVID-19

**Abstract:** The COVID-19 pandemic was and is a severe blow to the world and to the country. It is in this sense that the President of the Republic decreed a state of national emergency, in this context our country has become emblematic to contemplate the denigrating penitentiary system and appreciate the structural and inhuman problems that exist in it; It is precisely for this reason that the inmates of different prisons in Peru rioted, asking that the State provide them with medicine, adequate space to avoid contagion, masks, among others. Thus, the sentenced inmates and those who are in preventive detention are in the same subhuman conditions. Thus, due to the health emergency, Legislative Decrees N ° 1513 and 1514 were promulgated, in order to undo the prisons and safeguard the integrity, life, and health of convicted and unconvicted inmates. The purpose of this article is to appreciate that, despite the existence of norms and intentions, justice operators really have no interest in enforcing the human rights of inmates in prisons.

**Keywords:** COVID-19, Human Rights, Prisons, Legislative Decree, Infra Human, Degrading, Structural Problem, Human Dignity.

### 1. Introducción

Los establecimientos penitenciarios del país se encuentran sobrepoblados, entre un 400% y 600%. Esta realidad carcelaria por sí misma no permite que los internos condenados se resocialicen, se rehabiliten y se reincorporen posteriormente a la sociedad, tampoco permite que los internos por prisión preventiva se hallen en condiciones adecuadas separados de los internos condenados en lugares donde, si bien no requieren comodidad, necesitan hallarse de forma adecuada para vivir como cualquier ser humano. Debe considerarse que los internos de las cárceles a consecuencia de un mandato judicial de prisión preventiva muy probablemente sean inocentes. La diferencia radica en que, debido a una orden judicial que obedece en algunos casos a un peligro de fuga (junto a los demás presupuestos) o por causa de una inadecuada defensa durante el requerimiento de prisión preventiva o debido a casos mediáticos, también denominados emblemáticos, es que se encuentran dentro de las cárceles del país.

De esta manera, los internos de un establecimiento penitenciario requieren, para empezar, de un lugar donde dormir dignamente, hecho que no sucede en ninguna de las cárceles del país. Tal escasez debe ser solucionada de forma inmediata para ir acordando

con la Constitución Política del Perú, con los convenios internacionales y conforme a los principios rectores del derecho penal. Los internos, además, carecen de otros derechos fundamentales como la salud, la alimentación, la educación, entre otros.

Considerando esta “forma de vida” que llevan los internos de un establecimiento penitenciario en condiciones normales, en una situación como la que vivimos de la pandemia por la COVID-19 es lógico y evidente que todos ellos sean considerados una población muy vulnerable. En la misma línea se ha de considerar que no cuentan con un médico las 24 horas del día, si un interno requiere de oxígeno artificial y no hubiese en el establecimiento donde se encuentra recluso, no podrá salir a buscarlo tanto este como sus familiares porque no habría quien les dé aviso y, aún si tuviesen la posibilidad de ingresarlo, se requeriría de una orden judicial y/o del director de la cárcel donde se encuentre. Mientras sucede esto, el interno empeora de manera crítica o fallece, que es lo que ha estado sucediendo en las cárceles del país durante el estado de emergencia nacional.

¿Los internos de las cárceles deben ser olvidados por el Estado? ¿Acaso es esta la finalidad que plantea el derecho penal para los internos? ¿Qué derechos y garantías se afecta al pensar de esta manera? Los medios de prensa y los medios de difusión masiva, ¿influyen o contribuyen en hacinar aún más las cárceles del país? ¿Los internos deben morir como si fuesen animales?

## 2. Antecedentes

El 15 de marzo del 2020, Martín Vizcarra expidió el (Decreto Supremo N° 44-2020-PCM, 2020)<sup>1</sup>, mediante el cual declaró *estado de emergencia nacional* por las graves circunstancias que afectan la vida a consecuencia del brote del COVID-19. Señaló su vigencia por un plazo de 15 días, plazo que se ha extendido con el tiempo hasta el 30 de junio del año en curso. Este D.S. limitó al ejercicio del derecho a la libertad de tránsito de las personas con algunas excepciones. Dentro de las excepciones se hallan el artículo 4.1.c, el cual establece que las personas únicamente pueden circular en caso de asistencia a centros, servicios y establecimientos de salud, así como centros de diagnóstico, en casos de emergencias y urgencias.

Es claro que las personas no mueren solamente por el contagio del COVID-19; también lo hacen por un accidente, cáncer, diabetes y otras graves enfermedades que padecen los seres humanos. Quienes sufren de estas, muchas veces requieren para completar un diagnóstico definitivo acertado la realización de alguna tomografía o resonancia magnética. Sin embargo, no es posible realizarlas porque clínicas ni hospitales tienen disponibles estas áreas, solo las que están vinculadas al COVID-19 y para casos

<sup>1</sup> En adelante, D.S.

vinculados a la pandemia. Las personas que padecen otras enfermedades, ¿deben verse limitados por completo en su derecho a la salud? Ante ello, son alarmantes declaraciones como las del vicedecano del Colegio Médico del Perú, quien precisó que Loreto y regiones del norte del país deben ser declarados zona de desastre y que el ministro de salud no realiza los actos necesarios para disminuir el contagio en la región, además que no brinda apoyo para personal médico contagiado (Redacción La Mula, 2020).

Existen riesgos para quienes no están privados de su libertad por la exposición de personas al contagio del COVID-19, ello se incrementa al no usar guantes, no usar mascarillas, entre otros equipamientos o no respetar la distancia tan siquiera de un metro. Incluso existen riesgos para el propio personal de salud (médicos y enfermeras), pues pese a que existieron protocolos de salud y seguridad para ellos, no se cumplió al existir carencia para el uso de guantes, mascarillas, lavado de sus prendas de vestir y otros equipamientos médicos.

Del mismo modo, existen riesgos para jueces, fiscales y trabajadores judiciales. El 12 de mayo del 2020 el Poder Judicial, a través de la página web de la Corte Superior de Justicia de Loreto, denunció que existen 11 trabajadores contagiados confirmados (4 jueces y 7 servidores judiciales), 39 casos sospechosos (no existe la prueba de descarte), así como un juez (Julio Alberto Almora Montoya) internado en el hospital regional de Loreto en condición crítica por falta de oxígeno. Esto solo en Loreto, lo mismo sucedió en otras cortes superiores de justicia del país.

Personas como nosotros, quienes nos hallamos en uso de la libertad personal, nos enfrentamos a estos graves riesgos de contraer el COVID-19. Entonces, ¿cuál es la probabilidad de que los internos de las cárceles no sean infectados también?

El Estado no quiere comprometer recursos con las cárceles, puesto que no tiene aprobación popular colocar dinero en internos de cárceles. Sin embargo, con la pandemia se ha demostrado que las cárceles también son un tema de salud pública. Como dijese el señor juez supremo, Cesar San Martín Castro, en una entrevista, los condenados *no son animales*, están cumpliendo una pena afectados en su libertad, pero no tienen por qué morir allí. Las medidas adoptadas para enfrentarla deben ser basadas en evidencia, responsables, e integrales por parte de todas las instituciones que integran el sistema de justicia; precisamente la CIDDHH ha condenado la violencia en las cárceles del país, recomienda que el Estado adopte inmediatamente medidas para reducir la población carcelaria.

Luego del motín en el Penal Castro Castro, se encargó al Dr. Cesar San Martín Castro y al Dr. Víctor Prado Saldarriaga que preparasen propuestas para reducir la población

carcelaria. Entre las propuestas planteadas (Quinto, 2020), la primera a nivel judicial fue una directiva circular para cesaciones de oficio para prisiones preventivas que el poder judicial puede dictar aquí y ahora con la legislación actual, mediante un mecanismo de resolución administrativa del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, el segundo es un proyecto de Ley sobre conversión de penas para los presos que están condenados y un proyecto de decreto legislativo sobre la revisión o cesación de la prisión preventiva para los internos procesados. Estos proyectos fueron rechazados por el Congreso de la República.

### 3. Problemas estructurales en los establecimientos penitenciarios

El hacinamiento es un problema estructural y de antigua data en las cárceles, que constituye un factor que dificulta cualquier estrategia de prevención y respuesta ante la pandemia. Los problemas del sistema penitenciario peruano constituyen una matriz compleja que requiere de soluciones estructurales e integradas en distintos frentes, lo que involucra a varios sectores (Cárcamo et al., 2015, p. 12).

El hacinamiento en las cárceles, a su vez, es el origen de muchos y diferentes problemas no menos graves, como las condiciones poco dignas para los reclusos, la insalubridad física y psicológica, la violencia, la corrupción y la delincuencia dentro y desde los establecimientos penitenciarios (planifican y dirigen hechos criminales en la sociedad), pero lo fundamental es que impide las acciones de resocialización del interno y fomenta la reincidencia que afecta la seguridad ciudadana (Cárcamo et al., 2015, p. 12). Debe considerarse que, *un interno que no se resocialice constituye un elemento contaminante*<sup>2</sup>, no solo por la alta probabilidad de reincidencia en el delito sino además porque genera un efecto multiplicador en su entorno inmediato, entre ellos su cónyuge, padres, hijos, hermanos, vecinos, entre otros.

De esta manera podemos apreciar que, *el hacinamiento no constituye un problema únicamente de internos o en el interior de las cárceles, además involucra e interesa al Estado y a la sociedad civil en su conjunto*, pues sus consecuencias se manifiestan en el incremento de la delincuencia en las ciudades, en la inseguridad de los ciudadanos y en la amenaza de su integridad física y psicológica.

Existen sectores de la población penitenciaria que, debido al hacinamiento y sobrepoblación carcelaria, no se encuentran bajo el control ni la disciplina de la autoridad penitenciaria y no se logra materializar ni mínimamente su rehabilitación. Existen, además, otros problemas que surgen a partir de la sobrepoblación carcelaria como por ejemplo deficiente atención alimentaria y de salud de internos, tiempo reducido de recreación de internos, aumento de problemas psicológicos y emocionales en los internos, pues es

<sup>2</sup> La cursiva es nuestra.

imposible mantener un espacio propio o privado dentro de la celda, rápida propagación y contagio de enfermedades como la tuberculosis, enfermedades respiratorias agudas, hepatitis y aquellas producidas por el virus de inmunodeficiencia humana (VIH) conocidas como síndrome de inmunodeficiencia adquirida (SIDA), aumento de la probabilidad de violaciones entre internos, deterioro acelerado de la infraestructura carcelaria, incremento de la probabilidad de ocurrencia de actos violentos (motines, reyertas, etc.), tráfico de drogas y alcohol, tenencia de armas punzocortantes y/o de fuego, tenencia de celulares para realizar delitos de extorsión, entre otros (Cárcamo et al., 2015, p. 25).

Actualmente está acreditada la precariedad y defectos estructurales en los establecimientos penitenciarios del Perú, según (OFICIO N° 208-2020-INPE/01, 2020), ya en medio del problema de la pandemia se reconoció esta precariedad por el ente rector del sistema penitenciario nacional. El Decreto Legislativo N° 1459 (2020), volvió a reconocer el problema incontrolable de hacinamiento carcelario: la Defensoría del Pueblo, mediante informe puso de relieve las deficiencias del sistema penitenciario agravadas con la pandemia (Informe Especial N° 03-2020-DP, 2020).

De igual forma, en el Decreto Supremo 004-2020-JUS (2020) se sostuvo que:

Las condiciones de hacinamiento y salud durante la aguda crisis que vienen atravesando los establecimientos penitenciarios a nivel nacional, convierten a las internas y los internos, así como al personal penitenciario (agentes de seguridad, administrativos y personal de salud), en focos de contagio masivo de enfermedades altamente infecciosas como el COVID-19. (párr.8)

Con estos y otros documentos incluso a nivel internacional se deja establecido que la deficiencia estructural de las cárceles del Perú existe a nivel nacional.

Cabe precisar que, conforme al Informe anual 2011 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos citado por la Resolución 000138-2020-CEPJ se identificó principales problemas carcelarios en las Américas, de suerte que, entre ellos y en lo pertinente cabe destacar: i) el hacinamiento y la sobrepoblación, ii) las deficientes condiciones de reclusión iii) los altos niveles de violencia carcelaria y, iv) la ausencia de medidas efectivas para la protección de grupos vulnerables (Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, 2020, p. 1).

La Defensoría del Pueblo, en su Informe Especial N° 08-2020-DP (2020), se pronunció atinadamente sobre la crisis del sistema penitenciario, como parte del sistema penal y propuso una serie de alternativas que no pueden desconocerse. En todo caso, el

Poder Judicial comparte sus preocupaciones y, dentro de lo posible en sus competencias, hará lo posible para contribuir a la solución de esta crisis estructural.

Desde que se inició la emergencia nacional por la pandemia generada por causa del COVID-19, se registró aproximadamente 15 motines a nivel nacional por esta causa. Sus exigencias fueron principalmente por medicinas, pruebas de descarte para el COVID-19 y atención médica, todos los motines tenían como común denominador el temor de un contagio masivo del nuevo coronavirus, por lo que exigían que se les preste atención por parte del Estado. Todas las cárceles, como se sabe, presentan altas tasas de hacinamiento. Hasta ahora el motín más grave por esta causa ocurrió el 27 de abril del 2020 en el establecimiento penitenciario Castro Castro, el cual dejó 08 internos fallecidos. Dicho centro penitenciario, ubicado en San Juan de Lurigancho, tiene una sobrepoblación de 400% aproximadamente. Además del hacinamiento, está le falta recursos e infraestructura para el relegado sistema penitenciario que detenta (Atilano, 2020).

Rios (2017, p. 167) indica que esta problemática estructural existente en las cárceles del país es una clara violación de los derechos humanos, ello en tanto y cuanto la cárcel como pena tiene por finalidad solo a la suspensión del ejercicio del derecho a la libertad personal. Sin embargo, en la práctica es la negación de derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales. Esta situación se presenta con grave deterioro del fundamento de un Estado democrático y de derecho, sin que nadie haga algo al respecto. Esta institución penal no solamente se encuentra marcada por el hacinamiento y la tugurización derivada de un sistema penitenciario denigrante y un sistema penal ilegítimo, sino que reproduce la discriminación social en el marco de un entorno altamente corrupto.

Conforme señala el autor, en el mismo sentido que otras opiniones sólidas en el Derecho, las cárceles del país no resocializan, al contrario, se tornan en una escuela y universidad para la formación de futuros avezados delincuentes. Es en este sentido que se necesita concretas alternativas de política criminológica para que el Estado cumpla con su obligación de respetar, promover y defender los derechos humanos de las personas internas en los establecimientos penales.

Entre las causas de este hacinamiento en las cárceles está el alto uso de prisión preventiva, endurecimiento de penas y reducción de acceso a beneficios penitenciarios, al igual que un limitado uso de medidas alternativas a la privación de libertad.

#### **4. La dignidad humana es la afectada con el problema estructural penitenciario**

Sobre el problema carcelario, Rios afirma:

...la propuesta presenta como objetivo el reivindicar al ciudadano interno en el establecimiento penal y contribuir a una toma de conciencia y un cambio de actitud de la autoridad penitenciaria y la sociedad en su conjunto para la promoción de sus derechos fundamentales, lo cual justifica la propuesta en la medida que pone énfasis en el respeto a la dignidad de todo ser humano, que no deja de serlo aun cuando se encuentre privado de la libertad por un plazo determinado, situación que corresponde asumir a un estado constitucional y democrático, que se basa en los principios de libertad e igualdad. (2017, p. 168)

Ante la violación frecuente y sistemática de los derechos humanos en los establecimientos penitenciarios, con internos que sufren penas irracionales, con reducidos espacios, con turgurización, con dolor y aflicción, los internos que egresan de las cárceles no son resocializados de manera alguna. Por tales razones, el Estado y la sociedad deben tomar conciencia al respecto y mejorar el sistema penitenciario.

La Constitución Política del Perú en su artículo primero consagra la defensa de la persona humana y el respeto por su dignidad como el fin supremo de la sociedad y del Estado. Asimismo, en una gran cantidad de documentos normativos internacionales y nacionales, se puede comprobar un sistemático mandato en beneficio del respeto de la dignidad humana, precisamente para asegurar la vigencia de los derechos humanos y, consecuentemente, la justicia social y la paz. La dignidad es algo intrínseco a la naturaleza humana porque el ser humano no debe ser utilizado como medio o instrumento por nadie, ni por él mismo, sino que es un fin en sí mismo (Rios, 2017, p. 168).

El hacinamiento carcelario repercute directamente en la higiene de los internos de las cárceles, las celdas son sucias, se ensucian cada vez más y no hay una limpieza en ellas, está lleno de bichos, hay ratones, lo peor son los servicios higiénicos. Esto también repercute en la alimentación, la cual no es suficiente (pues siempre hay sobrepoblación carcelaria) y es de mala calidad. La salud es otro elemento deficiente al ser el escenario propicio para la rápida propagación de enfermedades, la atención médica es precaria, en muchos casos internos señalan tener garrapatas, ladillas, piojos, tuberculosis, entre otros, como producto de la suciedad de los recintos penitenciarios. La seguridad de los internos es otro punto de quiebre, pues los internos viven diariamente con episodios de violencia debido a la sobrepoblación (Lacroix & Peralta, 2018, pp. 74-79). Con todas estas serias

y graves deficiencias queda establecido que la forma de vida en un establecimiento penitenciario es indigna (Lacroix & Peralta, 2018, p. 80).

Otro ejemplo se puede apreciar con los internos en las cárceles de Chile que, en las mismas condiciones que en el Perú, viven prácticamente apilados, unos sobre otros, en espacios reducidos, con nula ventilación, sin luz, con miedo a las constantes riñas y violencia interna, sin comida adecuada, sin salud, sin atención médica. Toda esta forma de vida es indigna.

Respecto a la dignidad humana se señala que,

La Dignidad Humana es un derecho inalienable, inembargable, intransferible e inviolable de las personas, por lo que cada ser humano es merecedor del respeto que se le debe dar sin importar su condición.

La Dignidad Humana es el valor inherente que tiene cada persona por el solo hecho de nacer, por su autonomía, libertad, y el ser propio de cada ser humano pues con ello cada persona puede gobernarse a sí mismo, puede gobernar su comportamiento, sus acciones y consecuencias según sus normas propias. (Suarez, 2015, p. 18)

Entonces la dignidad conforme a su naturaleza es innata al ser humano, no importa la condición en la que se encuentre, merece el respeto de ser humano, de persona humana. Derecho que se ve altamente vulnerado en los establecimientos penitenciarios y comprobado como flagrante violación a la dignidad humana por la Corte Interamericana, así como otros organismos defensoriales.

El Comité Editorial de la Asociación Civil Foro Académico, en torno los centros penitenciarios, señala que:

...la relación entre dignidad y derechos fundamentales resulta ser sumamente estrecha. Es gracias a la dignidad que se pueden ver materializados todos los derechos y mandatos que la norma escrita reza, configurándose como el soporte estructural de la protección debida del individuo. (2014, p. 3)

La dignidad y los derechos fundamentales van unidas de forma estricta, pues es gracias a la dignidad que se puede materializar los derechos y mandatos que la Constitución establece, de esta forma también para la Comisión de Investigaciones la dignidad es un atributo que forma parte del ser humano y sus derechos fundamentales.

## 5. Propuestas de Solución mediáticas al problema del hacinamiento

### 5.1. Desde el Ministerio de Justicia

El COVID-19 y la Pandemia generaron que actualmente el Ministerio de Justicia tome acciones inmediatas para eliminar el problema penitenciario, que desde hace muchos años atrás ha desbordado. Considerando lo anteriormente señalado sobre los establecimientos penitenciarios del país, los cuales no reúnen las condiciones de salubridad, higiene, infraestructura, se encuentran sobre poblados, entre otros factores estructurales se debe considerar que, El INPE no puede evitar el contagio por el COVID-19, pese a que tiene deberes de asistencia, de cuidado, vigilancia, control y provisión. Todo ello afecta necesariamente la salud del interno.

El Ministerio de Justicia expidió los DS 004-2020-JUS, DS 005-2020-JUS y DS 006-2020-JUS para conceder el indulto humanitario. En el DS 004-2020 establece de manera excepcional y temporal, supuestos especiales para que la Comisión de Gracias Presidenciales proceda a evaluar y proponer el otorgamiento de indultos comunes y por razones humanitarias, así como para conmutaciones de penas. A continuación, brevemente analizaremos los requisitos que deben cumplir para poder ser indultado.

Para que proceda el *indulto por razones comunes* se requiere:

- a. Que sea madre y permanezca con su niño o niña en el establecimiento penitenciario.
- b. Que se encuentre en estado de gestación.
- c. Que su condena, efectiva o redimida, se cumpla en los próximos seis meses.
- d. Que se le haya impuesto una pena efectiva no mayor a cuatro años.
- e. Que sea mayor de 60 años.

En los supuestos del numeral precedente, los internos e internas deben cumplir, de manera concurrente, con las siguientes condiciones:

- a. Tener la condición de primario.
- b. No registrar condenas por otros delitos y/o no registrar medida de detención.
- c. No contar con prohibición legal expresa

Como se puede apreciar en una rápida lectura, se reduce el número de delitos a los de escasa o mínima gravedad y, que incluso siendo de mínima gravedad no se encuentren con reincidencia, lo cual no hace viable un verdadero y efectivo deshacinamiento,

sino simplemente se trata de una norma simbólica, para que la sociedad crea que se ha solucionado el problema a través de la norma del Ministerio de Justicia. Para verificar ello, hace falta recordar que hasta el 18 de mayo se ha concedido a 187 internos indulto y 746 por internos se han acogido a conversión de penas, lo que da un total de 933 personas (Ministerio de Justicia: más de 933 personas, 2020). Si bien se puede señalar que hay un logro para la salud y vida de estas personas, el número es ínfimo en relación a lo que realmente necesitan los establecimientos penitenciarios del país para que los internos puedan cumplir su condena con dignidad y para que los internos por prisión preventiva, es decir, quienes aún para la Constitución y la Ley procesal penal son inocentes, vivan de manera semejante a la de un ser humano.

La prohibición legal expresa se encuentra establecida también en este mismo cuerpo normativo: no procede la recomendación de gracia presidencial respecto de las internas y los internos que han sido sentenciados por los delitos contra la vida, contra la libertad (no se cuenta el homicidio), contra la familia, contra el patrimonio, tráfico ilícito de drogas, contra el Estado, contra la administración pública, por delito de terrorismo, por financiamiento al terrorismo, por lavado de activos y los delitos cometidos por violencia contra la mujer e integrantes del grupo familiar.

Así, para que proceda un indulto por razones humanitarias además se requiere:

- a. Que padezca una enfermedad crónica en etapa avanzada que aumente el riesgo de infección por COVID-19 y el desarrollo de complicaciones, conforme a lo señalado por el Ministerio de Salud;
- b. Que padezca de otras enfermedades crónicas que, teniendo en cuenta las condiciones penitenciarias, se consideren vulnerables al contagio de COVID-19.

## 5.2. Desde el Poder Judicial

Se presentaron diversos casos de acciones de garantía constitucional (*habeas corpus*) que fueron rechazados liminarmente porque no corresponden a la vía procesal correcta. Plantear o interponer un *habeas corpus*, que es un recurso subsidiario, residual, existiendo otros mecanismos igual de efectivos como el cese o variabilidad de prisión preventiva no resultan adecuados. Mencionamos algunos casos que ilustran el rechazo liminar por no ser la vía procesal adecuada.

### 5.2.1. *Habeas corpus correctivo a favor del árbitro Richard Martín Tirado*

El abogado de defensa interpone acción de garantía en contra del INPE, argumenta como objeto “corregir la ejecución inconstitucional de la prisión preventiva”, porque el

establecimiento penitenciario Ancón I no permite el aislamiento social que el gobierno ha decretado como medida de prevención de contagio de la pandemia coronavirus que motiva el estado de emergencia sanitaria en el Perú. A su vez, solicita que se disponga que el beneficiario cumpla el aislamiento social obligatorio durante el estado de emergencia en su domicilio, por ser una persona con hipertensión arterial, diabetes y depresión, teniendo una condición de vulnerabilidad frente a la pandemia. No obstante, advertimos que el árbitro Richard Martín Tirado no está siendo objeto de ejecución de pena alguna, sino de un mandato de prisión preventiva, en el marco del caso Arbitrajes a favor de Odebrecht. Esta acción de garantía constitucional fue rechazada liminarmente. Apelada dentro del plazo de ley, la Sala Penal confirma la resolución apelada con la resolución de segunda instancia.

#### 5.2.2. *Habeas corpus correctivo a favor de Jaime Yoshiyama Tanaka*

Interpuesto por su defensa técnica. El beneficiario también se encuentra cumpliendo un mandato de prisión preventiva en el penal Castro Castro. No obstante, a pesar de que en esencia es la misma situación jurídica que el caso anterior, la diferencia radica en que esta demanda se dirige en contra el juez del Cuarto Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional de la Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada y solicita la inmediata variación del mandato de prisión preventiva por el de detención domiciliaria. El *habeas corpus* correctivo es interpuesto por efecto de la pandemia de COVID-19, en atención a la condición del beneficiario como adulto mayor (75 años) y paciente de enfermedades preexistentes; factores con los cuales ve amenazados de manera grave e inminente sus derechos a la vida y a la salud por la prolongación de su permanencia en el establecimiento penitenciario en que se encuentra recluso. Humberto Abanto señala que existe un mandato de conducta impuesto al Estado de proteger la salud y la vida del interno, y que se está viendo incumplido por parte del Poder Judicial, titular del monopolio de la administración de justicia penal. Lo mismo ocurriría por parte del Poder Ejecutivo, titular de la competencia de diseñar y ejecutar la política penitenciaria, en el caso del favorecido y de quienes como él forman parte de la población de alto riesgo frente a la pandemia de COVID-19. Esta acción también fue rechazada liminarmente.

#### 5.2.3. *Habeas corpus correctivo a favor de Antauro Humala Tasso*

Interpuesto por su defensa técnica, en contra de la directora del Establecimiento Penitenciario Modelo Ancón II, por la presunta afectación a no ser objeto de un tratamiento carente de razonabilidad y proporcionalidad, respecto a la forma y condición en que cumple el mandato de ejecución de la pena, en conexión directa con la libertad personal.

La accionante solicita que se disponga el traslado del beneficiario a un establecimiento de salud o, en su defecto, al Hospital Militar, puesto que el odontólogo del penal Piedras Gordas II, Luis Riega Viru, semanas atrás dio positivo por COVID-19. El estado de salud del beneficiario, sostuvo, se encuentra en grave riesgo, así como su vida. Esta demanda se fundamenta básicamente en el artículo 25, inciso 17, del Código Procesal Constitucional, así como en las circunstancias de la pandemia propiciada por el COVID-19. El Juzgado de Investigación Preparatoria de Puente Piedra SISAJ resuelve también declarándolo improcedente y la Sala Penal revoca la resolución para declararlo infundado.

#### 5.2.4. *Habeas corpus correctivo a favor de Abimael Guzmán*

Interpuesto por su defensa técnica contra el presidente del INPE, argumenta sucintamente que el beneficiario lleva cumpliendo 28 años de pena perpetua de forma ininterrumpida, siendo una persona de alto riesgo respecto de la propagación del COVID-19, debido a su edad avanzada y a otras dolencias como el hecho de sufrir hipertensión arterial. Por tal motivo, solicitó que el beneficiario pueda cumplir su pena en situación de detención domiciliaria. El juzgado resuelve rechazándola liminarmente. Actualmente, la Sala admite a trámite, antes de emitir una decisión sobre el particular, ordena al juzgado que realice la diligencia de recabar información sobre si los marinos infectados por COVID-19 están a cargo de la custodia de Abimael Guzmán y respecto de las medidas que se hayan adoptado a efectos de conjurar los efectos de la pandemia en dicho recinto carcelario, verificando el estado de salud del anotado interno.

Es importante observar que *todos los casos de habeas corpus interpuestos fueron rechazados liminarmente*, aun cuando los personajes son mediáticos, públicos y de notorio conocimiento de la sociedad. Sin embargo, *posteriormente cuando la defensa técnica planteó el recurso procesal correcto y/o adecuado* (cesación o variación de prisión preventiva) *fueron declarados fundados o por los motivos invocados o de oficio por el juez.*

Los casos de Cese de Prisión Preventiva se señalan a continuación.

#### 5.2.5. *Cese de prisión preventiva solicitado para Richard Martin*

Su defensa técnica solicita ahora el cese de la prisión preventiva de su representado indicando que el peligro procesal ha variado. Toma como base su edad avanzada (55 años), así como las enfermedades que padece: hipertensión arterial, diabetes y depresión, unidas a la pandemia por el COVID-19 por el peligro de contagio y el aislamiento social

y porque las fronteras aéreas, terrestres y marítimas se han cerrado, incluso el traslado interprovincial. El 15 de abril del 2020, el JIP Nacional Permanente Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios resuelve el pedido de cese de la prisión preventiva de Richard Martin, declarando fundado en parte la solicitud, imponiendo un arresto domiciliario con reglas de conducta y el pago de s/ 50,000 de caución.

#### 5.2.6. *Cese de prisión preventiva solicitado para Susana Villarán*

En medio del contexto del COVID-19 se plantea la cesación de la prisión preventiva porque habrían variado los estándares para su imposición y mantenimiento y porque el peligro procesal, luego de 10 meses de detención, habría disminuido. Pide también considerar que la investigada sufre de lupus e hipertensión y porque al tener 70 años se vuelve una persona de alto riesgo al contagio del COVID-19. El juez del 3° Juzgado de Investigación Preparatoria de delitos de Corrupción de Funcionarios de Lima declaró infundada la solicitud. La abogada interpone recurso de apelación. El 30 de abril del 2020, la 1° Sala Penal de Apelaciones Nacional Permanente Especializada en Corrupción de Funcionarios resuelve la apelación planteada por la defensa técnica de Susana Villarán, revocándola, ordenando sea reformada por comparecencia con restricciones y el pago de una caución de s/ 20,000.

#### 5.2.7. *El caso Keiko Fujimori*

Se trata en verdad de una *apelación a la prisión preventiva*, en la cual se analiza todos los presupuestos para la imposición de la medida de coerción a la investigada Keiko Fujimori. Deja establecido, así, que existe sospecha grave de que, si ha llevado a cabo los delitos imputados, que por sí mismo el peligro por ser delitos con penas mayores a 4 años por sí mismo no puede valorarse, *respecto del peligro de fuga y de entorpecimiento de la actividad probatoria no se encuentra de acuerdo y, en su último considerando señala que, aunando el contexto mundial del COVID-19 tampoco corresponde aplicarla*. El 30 de abril del 2020, la 2° Sala Penal de Apelaciones Nacional Permanente especializada en Crimen Organizado resuelve la apelación planteada por la defensa técnica de Keiko Fujimori, revocándola, ordenando sea reformada por comparecencia con restricciones y el pago de una caución de s/ 70,000.

#### 5.2.8. *Cese de prisión preventiva solicitado para Alberto Rossel*

El abogado del investigado presenta solicitud de cese de prisión preventiva por la de comparecencia con restricciones y alternativamente por arresto domiciliario. Ello por cuanto tiene 62 años de edad y padecer de diabetes mellitus tipo 2, aneurisma de base

ancha, hiperlipidemia, hipertrofia de próstata en grado 3, litiasis renal, quistes bilaterales y todo el cuadro clínico está debidamente comprobado, con lo cual hace que su patrocinado sea una persona vulnerable al COVID-19. La medida de prisión preventiva deviene en desproporcional por estos motivos y fundamenta luego respecto del primer presupuesto para la prisión preventiva. El Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria resuelve desestimar (Infundada) la solicitud de cesación de prisión preventiva en todos los extremos porque los presupuestos se mantienen incólumes. No obstante, debido a las circunstancias actuales de la pandemia, los documentos médicos presentados y que al ser una persona mayor de 60 años lo convierten en una persona de riesgo, varían la prisión preventiva por arresto domiciliario y el pago de s/ 70,000 de caución.

Como se puede apreciar, el mecanismo procesal correcto e inmediato para el deshacinamiento de las cárceles desde el poder judicial es el recurso a la cesación o la variabilidad de la prisión preventiva. Ello en tanto que, conforme al Art. 255 del Código Procesal Penal del 2004<sup>3</sup>, se permitiría un deshacinamiento en los establecimientos penitenciarios del país, con la finalidad de eliminar un foco de infección y propagación del COVID-19 y evitar que por el contagio masivo se genere muertes innecesarias en la misma de internos.

El Artículo 255 del CPP del 2004 establece:

**Artículo 255 Legitimación y variabilidad. -**

2. Los autos que se pronuncien sobre estas medidas son reformables, aun de oficio, cuando varíen los supuestos que motivaron su imposición o rechazo.
3. Salvo lo dispuesto respecto del embargo y de la ministración provisional de posesión, corresponde al Ministerio Público y al imputado solicitar al Juez la reforma, revocatoria o sustitución de las medidas de carácter personal, quien resolverá en el plazo de tres días, previa audiencia con citación de las partes.

Con esta norma durante el Estado de Emergencia por el COVID-19 las revisiones de oficio son un factor en estricto legal y se realizan cuando varían los supuestos que motivaron su imposición. El supuesto que ha variado es la peligrosidad de mantener en las cárceles a internos que no han sido condenados y se encuentran con una medida de coerción personal que frente al peligro de afectación a la salud y vida del interno ha variado.

Conforme al Artículo 283 del CPP 2004 se establece:

---

<sup>3</sup> En adelante, CPP 2004.

**Artículo 283 Cesación de la Prisión Preventiva. -**

El imputado podrá solicitar la cesación de la prisión preventiva y su sustitución por una medida de comparecencia las veces que lo considere pertinente.

El Juez de la Investigación Preparatoria decidirá siguiendo el trámite previsto en el artículo 274.

La cesación de la medida procederá cuando nuevos elementos de convicción demuestren que no concurren los motivos que determinaron su imposición y resulte necesario sustituirla por la medida de comparecencia. Para la determinación de la medida sustitutiva el Juez tendrá en consideración, adicionalmente, las características personales del imputado, el tiempo transcurrido desde la privación de libertad y el estado de la causa.

El Juez impondrá las correspondientes reglas de conducta necesarias para garantizar la presencia del imputado o para evitar que lesione la finalidad de la medida.

Aunque debería entenderse que el cese de la prisión preventiva obedece al principio de variabilidad de toda medida de coerción, algunos entienden que, en realidad al tener una base legal distinta, una se distancia de la otra incluso en sus presupuestos de aplicación.

Ahora bien, ¿qué es lo que se requiere acreditar como defensa para que un cese de prisión preventiva pueda ser declarado fundado?

- La situación de vulnerabilidad del investigado interno con el COVID-19, sea por edad o por preexistencia de enfermedades.
- Si solicita la imposición de la medida de detención domiciliaria, debe acreditar alguna de las causales del artículo 290 inciso 1 del CPP 2004, por ejemplo, que el peligro procesal sea controlable.
- Si solicita la variación de la medida de prisión a comparecencia con restricciones, habrá que acreditar la disminución del peligro procesal, como mínimo.
- En caso de variación a una medida de comparecencia o detención domiciliaria, deberá demostrar una variación en el análisis de la proporcionalidad de la medida.

Actualmente existe la obligación del juzgador de reevaluar las medidas de prisión preventiva de oficio, conforme a lo establecido por la Presidencia del Consejo de Ejecutivo

del Poder Judicial del Perú, a través la Resolución Administrativa 118- 2020, 119-2020 y 120-2020 (15 y 17 de abril del 2020, respectivamente). Con dichas resoluciones se exhortan a todos los jueces penales de los distritos judiciales del país, incluidos quienes integran los órganos jurisdiccionales de emergencia, que resuelvan de oficio y/o a pedido de la parte legitimada la situación jurídica de los procesados y sentenciados privados de su libertad, que estén bajo su competencia, a fin de evaluar modificaciones en su condición jurídica.

Víctor Prado Saldarriaga y Cesar San Martín ordenaron revisiones de oficio de prisiones preventivas a través de la Resolución Administrativa N° 138-2020 del 07.05.2020 para todas las Cortes Superiores de Justicia del Perú

Al momento de resolver estos ceses, el juez debe observar además la jurisprudencia de la (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2020) a través de la sentencia del Caso Rosadio Villavicencio vs. Perú, estableció el siguiente criterio: “Ha sido criterio de este Tribunal que una detención o prisión preventiva debe estar sometida a revisión periódica, de tal forma que no se prolongue cuando no subsistan las razones que motivaron su adopción” (p.60). Debe valorar periódicamente si las causas, necesidad y proporcionalidad de la medida se mantienen, y si el plazo de la detención ha sobrepasado los límites que imponen la ley y la razón.

Es fundamental considerar que las acciones realizadas por el Ministerio de Justicia y el Poder Judicial son insuficientes para deshacinar las cárceles del Perú, por lo que es necesario recurrir a una Ley que permita acciones que no están permitidas para los jueces penales. De lo contrario, irían en contra de normas penales, procesales penales y cometerían delito de prevaricato, entre otros. En este sentido, ha sido publicado en este sentido el Decreto Legislativo 1513 el 04 de junio del 2020.

## **6. El Decreto Legislativo 1513**

Decreto Legislativo N. 1513 (2020) fue promulgado y publicado ante la necesidad urgente por deshacinar las cárceles del Perú. Se debió sobre todo a que la sobrepoblación unida a la falta de cuidados médicos las 24 horas, la falta de oxígeno, carencia de medicinas para mejorar por el COVID-19, así como la ausencia de equipos médicos necesarios para el tratamiento deviene en una clara afectación a la salud y vida de los internos, que en su mayoría se encuentran reclusos en las cárceles por prisión preventiva.

A continuación, evaluaremos cada uno de los artículos que conforman esta norma destinada a disminuir notablemente la sobrepoblación de los establecimientos penitenciarios y que, consideramos, tendrán problemas en su aplicación.

## 6.1. Sobre el Artículo 2

El 2.1. dispone la cesación de la prisión preventiva para todos los internos e internas que se encuentren en calidad de procesados o procesadas, que cumplan con los siguientes presupuestos de manera concurrente:

- Primero. Que no cuenten con medida de prisión preventiva dictada en una investigación o proceso por cualquiera de los siguientes delitos regulados en el Código Penal y leyes especiales, específicamente en ninguno de los siguientes tipos: Artículos 106, 107, 108, 108-A, 108-B, 108-C, 108-D, 109, 121-B y 122-B, 148-A, 152, 153, 153-A, 153-B, 153-C, 153-D, 153-E, 153-F, 153-G, 153-H, 153-I, 153-J, 168-B, 170, 171, 172, 173, 174, 175, 176, 176-A, 176-B, 176-C, 177, 179, 179-A, 180, 181, 181-A, 181-B, 182-A, 183, 183-A y 183-B, 188, 189, 189-C y 200, 279, 279-A, 279-B, 279-D, 279-G, 289, 290, 291, 296-A último párrafo, 297 y 303-A, 303-B, 316, 316-A, 317, 317-A y 317-B, 319, 320, 321 y 322, 346 y 347, 376, 376-A, 381, 382, 383, 384, 385, 386, 387, 388, 389, 390, 391, 392, 393, 393-A, 394, 395, 395-A, 395-B, 396, 397, 397-A, 398, 398-A, 398-B, 399, 400 y 401, los delitos previstos de terrorismo en el Decreto Ley N. 25475 y sus modificatorias, delitos de lavado de activos (Decreto Legislativo 1106, artículos 1 al 6) y cualquier delito cometido en el marco de la Ley N. 30077, Ley Contra el Crimen Organizado.

Claramente se puede apreciar que los delitos que tienen mayor incidencia en su comisión típica se encuentran en la lista de aquellos que no podrán ser evaluados por el Poder Judicial. Como consecuencia de ello, no se logrará un efectivo deshacinamiento en las cárceles del país.

- Segundo. Que, no cuenten con otro mandato de prisión preventiva vigente por alguno de los delitos previstos en el numeral anterior o con sentencia condenatoria con pena privativa de libertad efectiva vigente.

¿Encargados de evaluar ello quiénes serían? Encargados serían cada juzgado con reos en cárcel, ellos cuentan con su sistema judicial para verificar quienes se encuentran en prisión preventiva por su Despacho judicial y determinar si el procesado tiene otro mandato de prisión preventiva en otro distrito judicial.

En el 2.2.b señala que, el procesado (a) tiene la obligación de reportarse de manera virtual una vez al mes al juzgado competente, ratificando el domicilio consignado.

La obligación que se asigna al procesado (a) de reportarse de manera virtual una vez al mes al juzgado, deja de forma abierta que se le permita remitir emails y/o por video conferencia y/o por teléfono celular y/o vía WhatsApp. Con ello se permite al procesado que se comuniquen de la forma que le sea más viable, sobre todo durante el estado de emergencia y considerando que en diferentes lugares del país el internet no tiene buena señal y falla constantemente. Respecto de cómo el juzgado confirmaría dónde realmente se encuentra el procesado (a) creemos que puede hacerlo utilizando el GPS del mismo celular del procesado (a), por medio del cual debería comunicarse con el juzgado mensualmente.

- Tercero. Habla sobre los jueces de investigación preparatoria a nivel nacional, los cuales revisarán y resuelven en un plazo de 20 días quiénes mantienen la prisión preventiva y quiénes no tienen necesidad de mantenerla.

Aquí hallamos un plazo muy breve para la revisión y pronunciamiento judicial. Sin embargo, en la práctica, ¿cómo se garantiza que los jueces han evaluado y revisado todos los casos de su despacho judicial? Asimismo, solo se refiere a los jueces de investigación preparatoria. No obstante, en el distrito judicial de Lima tenemos aún a los juzgados con reos en cárcel que no están comprendidos dentro de la Ley, por ende, no puede exigírsele a ellos la revisión de oficio.

## 6.2. Sobre el Artículo 3

En el 3.2.a hallamos que está referido a la revisión y decisión sobre la cesación. De ese modo, el juez valora con los otros criterios procesales ya establecidos en el Código Procesal Penal para el cese de la prisión preventiva que el procesado (a) cuenten con una o más veces de prisión ampliada y sin fecha para inicio de juicio oral.

Este artículo limita aún más las revisiones para el tan deseado deshacinamiento de las cárceles del país, por cuanto si una persona se encuentra en prisión preventiva sin que aún haya sido prolongado su prisión preventiva ni siquiera sería revisado, y estos son la casi mayoría absoluta de casos.

En el 3.3 se permite a los mismos internos que presenten su solicitud de cese de prisión preventiva. Esta norma es muy adecuada para estos casos.

En el 3.8 el legislador no ha tenido una buena técnica legislativa, pues repite lo establecido en el 2.2.b.

- Sexto. En este artículo se establece los presupuestos para la remisión condicional de la pena. En el 6.a se describe que solo procederá la remisión condicional en aquellos casos en los que hayan sido condenados a un máximo de 08 años, que hayan cumplido la mitad de la pena y se encuentren en mínima o mediana seguridad. En el 6.b se describe que en aquellos casos que hayan sido condenados hasta 10 años, que hayan cumplido 9 años de la pena impuesta y se encuentren en mínima seguridad.
- Séptimo. Esta norma limita aun más la remisión condicional, describiendo los tipos penales que se señalaron en el segundo artículo y, con ello restringe su aplicación a los internos de los establecimientos penitenciarios del país.
- Octavo. Tiene la misma obligación del interno de reportarse de manera virtual al juzgado competente al igual que el artículo 2.2.b.
- Décimo Primero. Establece los presupuestos para solicitar beneficios penitenciarios y realizarlos de manera remota.
- Décimo Segundo. Norma la redención excepcional de la pena, pero excluyen del régimen de redención excepcional los casos de improcedencia y de redención especial de pena enumerados en el artículo 46 del Código de Ejecución Penal y en leyes especiales.
- Décimo Cuarto. Regula las medidas excepcionales para los adolescentes en centros juveniles, estableciendo la posibilidad de plantear cesación de prisión preventiva.

Este artículo sería muy bueno si no estableciera en sí mismo la prohibición de la cesación para los mismos casos señalados en el 2.2.b, con lo cual ningún adolescente podrá solicitar la cesación. Por ende, deviene en una norma penal simbólica.
- Décimo Sexto al Vigésimo Sexto. Establece el procedimiento para la cesación de prisión preventiva por mínima lesividad y remisión condicional de la pena y el procedimiento especial para los adolescentes en centros juveniles.

## 7. Conclusiones

- a. El hacinamiento en las cárceles es un problema estructural a nivel nacional.

- b. La dignidad humana forma parte de los derechos fundamentales del hombre.
- c. Un mandato de detención judicial es solo para privar a un hombre de su libertad personal y no lo priva de ningún otro derecho.
- d. El hacinamiento en las cárceles es una afectación directa a la dignidad del hombre como ser humano.
- e. El D.L. 1513 realmente no conseguirá el efecto deseado de reducción del hacinamiento en las cárceles del país al ser una norma penal simbólica.

### Referencias

- Atilano, I. (12 de mayo de 2020). Hacinamiento en los penales es otro frente en la lucha contra el COVID-19. *Perú 21*. <https://peru21.pe/politica/hacinamiento-en-penales-es-otro-frente-en-la-lucha-contra-el-covid-19-coronavirus-noticia/>
- Comité Editorial. (2014). Perú: donde el ser humano es un medio y no un fin (el caso de los centros penitenciarios). *Revista PUCP Foro Jurídico*, (13), 249-262. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/13792/14416>
- Cárcamo, E.; Guarnizo, A.; Mendoza, M.; Pajares, C.; & Vignolo, G. (2015). *Asociaciones público privadas en el sistema penitenciario. Una alternativa de solución para la inseguridad en el Perú*. Universidad ESAN.
- Consejo Ejecutivo del Poder Judicial. (07 de mayo de 2020). Resolución Administrativa N. 000138-2020-CE-PJ. *Poder Judicial*. <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/4d0644004e32df19b5a4f774dabbac10/RESOLUCION-ADMINISTRATIVA-000138-2020-CE.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=4d0644004e32df19b5a4f774dabbac10>
- Consejo Nacional Penitenciario. (07 de abril de 2020). Oficio N° 208-2020-INPE/01. Medida excepcional mientras dure el estado de emergencia nacional. Lima. <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/49acdf004ddf262e95a29734164ddd45/RESOLUCION-CORRIDA-03-2020-CE-PJ.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=49acdf004ddf262e95a29734164ddd45>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2020). Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N. 8: Libertad Personal. [https://www.corteidh.or.cr/cf/corteidh\\_movil/cuadernillos.cfm](https://www.corteidh.or.cr/cf/corteidh_movil/cuadernillos.cfm)
- Decreto Legislativo N° 1459. (2020, 13 de abril). Optimiza la aplicación de la conversión automática de la pena para personas condenadas por el delito de omisión de asistencia familiar, a fin de reducir el hacinamiento penitenciario y evitar

contagios de COVID-19. Presidencia del Consejo de Ministros. <https://www.gob.pe/institucion/presidencia/normas-legales/473584-1459>

Decreto Supremo 004-2020-JUS. (2020, 22 de abril). Decreto Supremo que establece supuestos especiales para la evaluación y propuesta de recomendación de Gracias Presidenciales, y determina su procedimiento, en el marco de la emergencia sanitaria por COVID-19. Ministerio de Justicia. <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/decreto-supremo-que-establece-supuestos-especiales-para-la-e-decreto-supremo-n-004-2020-jus-1865717-3/>

Decreto Legislativo N. 1513. (2020, 04 de junio). Decreto Legislativo que establece disposiciones de carácter excepcional para el deshacinamiento de establecimientos penitenciarios y centros juveniles por riesgo de contagio de virus COVID-19. Presidencia del Consejo de Ministros. <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/decreto-legislativo-que-establece-disposiciones-de-caracter-decreto-legislativo-no-1513-1867337-1/>

Decreto Supremo N° 44-2020-PCM. (2020, 15 de marzo). Decreto Supremo que declara Estado de Emergencia Nacional por las graves circunstancias que afectan la vida de la Nación a consecuencia del brote del Covid-19. Presidencia del Consejo de Ministros. <https://www.gob.pe/institucion/pcm/normas-legales/460472-044-2020-pcm>

Decreto Supremo N° 005-2020-JUS. (2020, 01 de mayo). Decreto Supremo que modifica el Decreto Supremo N° 004-2020-JUS que establece supuestos especiales para la evaluación y propuesta de recomendación de Gracias Presidenciales, y determina su procedimiento, en el marco de la emergencia sanitaria por COVID-19. Ministerio de Justicia. <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/decreto-supremo-que-modifica-el-decreto-supremo-n-004-2020-decreto-supremo-no-005-2020-jus-1865974-1/>

Decreto Supremo 006-2020-JUS. (2020, 01 de mayo). Decreto Supremo que establece criterios y procedimiento especial para la recomendación de Gracias Presidenciales para los adolescentes privados de libertad, en el marco de la emergencia sanitaria por COVID-19. Ministerio de Justicia. <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/decreto-supremo-que-establece-criterios-y-procedimiento-espe-decreto-supremo-no-006-2020-jus-1865974-2/#:~:text=Descargar%20Contenido%20en-,Decreto%20Supremo%20que%20establece%20criterios%20y%20procedimiento%20>

Defensoría del Pueblo. (2020). Informe Especial N. 03-2020-DP. Defensoría del Pueblo, <https://www.gob.pe/institucion/defensoria-del-pueblo/informes->

publicaciones/946359-serie-informes-especiales-n-03-2020-dp-situacion-de-las-personas-privadas-de-libertad-a-proposito-de-la-declaratoria-de-emergencia-sanitaria

Defensoría del Pueblo. (2020). Informe Especial N. 08-2020-DP. Informe Especial, Lima. <https://www.defensoria.gob.pe/informes/serie-informes-especiales-n-008-2020-dp/>

Lacroix, P., & Peralta, D. (2018). *Hacinamiento: ¿afecta a la dignidad de la persona el sistema penitenciario nacional?* [Memoria para optar el grado de Licenciado en Ciencias Políticas y Sociales]. Repositorio Académico de la Universidad de Chile. <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/151044/Hacinamiento-afecta-a-la-dignidad-de-la-persona-el-Sistema-Penitenciario-Nacional.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Ministerio de Justicia: 933 personas fueron liberadas ante emergencia por coronavirus. (18 de mayo de 2020). *Andina. Agencia Peruana de Noticias*. <https://andina.pe/agencia/noticia-ministerio-justicia-933-personas-fueron-liberadas-ante-emergencia-coronavirus-797820.aspx>

Quinto, C. (03 de mayo de 2020). César San Martín: “Si queremos sacar a entre 15 y 20 mil procesados, se necesita una ley”. *RPP Noticias*. <https://rpp.pe/peru/actualidad/coronavirus-covid-19-cesar-san-martin-si-queremos-sacar-a-entre-15-y-20-mil-procesados-se-necesita-una-ley-hacinamiento-en-penales-noticia-1262925>

Redacción La Mula. (11 de mayo de 2020). Vicedecano del Colegio Médico del Perú renuncia a comité COVID-19 tras declaraciones de Zamora. *Lamula.pe*. <https://redaccion.lamula.pe/2020/05/11/vicedecano-del-colegio-medico-del-peru-renuncia-a-comite-covid-19-tras-declaraciones-de-zamora/redaccionmulera/>

Resolución Administrativa N. 118-2020-CE-PJ. (2020, 11 de abril). Poder Judicial. <https://www.call.org.pe/noticias/detalle/noticia1586729281.php>

Resolución Administrativa N. 119-220-CE-PJ. (2020, 15 de abril). Poder Judicial. <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/20a41a004def6bed8f529f34164ddd45/RA-119-2020.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=20a41a004def6bed8f529f34164ddd45>

Resolución Administrativa N. 120-2020-CE-PJ. (2020, 17 de abril). Poder Judicial. <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/a1bbfd004f15962e9cb1bd6976768c74/RA%2B000120-2020-CE-PJ.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=a1bbfd004f15962e9cb1bd6976768c74>

- Rios, G. (2017). La violación de los Derechos Humanos en la cárcel: Propuestas para reivindicar la dignidad humana del ciudadano interno penitenciario y promover el ejercicio de sus derechos. *VOX JURIS*, 33(1), 167-179. <http://www.aulavirtualusmp.pe/ojs/index.php/VJ/article/viewFile/974/781>
- Suarez, Y. (2015). *La dignidad humana, el caso de los internos en establecimiento carcelario desde la T-153 de 1998* [Trabajo de grado para optar por el título de abogada]. *Repositorio Institucional. Universidad Católica de Colombia*. <https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/2289/1/La%20dignidad%20humana%20el%20caso%20de%20los%20internos%20en%20establecimient.pdf>

# LAS AUDIENCIAS VIRTUALES

## ANÁLISIS DE SUS VENTAJAS Y LIMITACIONES EN LA PRÁCTICA DE PRUEBAS TESTIFICAL, PERICIAL Y LA DECLARACIÓN DEL IMPUTADO\*

*Reyler Rodríguez Chávez\*\**  
*Universidad Católica Sedes Sapientiae*  
reyler6@gmail.com

**Resumen:** Las audiencias virtuales constituyen hoy en día una muestra de la real expresión que viene ejerciendo la tecnología en el campo del proceso, respondiendo no solo a una exigencia coyuntural, sino también, a la necesidad concreta de resolver distintas situaciones como la inasistencia de las partes, las distancias, impedimentos físicos, entre otros, que tienen como común denominador, la frustración de determinadas pruebas como son la declaración testimonial, pericial o la declaración del imputado. Frente a estas circunstancias adversas para el desarrollo de la actividad probatoria, el empleo de instrumentos como la videoconferencia parece ofrecer una alternativa útil que hace viable la interconexión de las partes, los abogados, el fiscal, los peritos, el juez, y de todos aquellos cuya participación en el proceso resulte relevante. Sin embargo, se presentan ciertas cuestiones que podrían resultar limitativas como el derecho de defensa, la intermediación, la privacidad de los datos e información reservada, las garantías de veracidad y legitimidad, entre otros, cuya tutela debe garantizarse en todo proceso que incorpore este tipo de espacios virtuales.

**Palabras clave:** Las TIC, audiencia virtual, videoconferencia, prueba testimonial, prueba pericial, declaración del imputado, imparcialidad, intermediación, derecho de defensa,

\* Ensayo presentado en el Máster en Derecho, Empresa y Justicia de la Universidad de Valencia, España, a la cátedra denominada Líneas Generales para una Modernización de la Justicia en un Mundo Globalizado: Derecho, Proceso y Seguridad Jurídica, dirigido por la profesora Ana Isabel Blanco García.

\*\* Profesor contratado de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Sedes Sapientiae (UCSS). Presidente del Consejo Consultivo Internacional de IusTech. Miembro honorario de E-Justicia Latinoamericana. Máster en Argumentación Jurídica por la Universidad de Alicante (España) y por la Universidad de Palermo (Italia). Magíster en Derecho de la Empresa por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Estudios del Máster en Derecho, Empresa y Justicia por la Universidad de Valencia (España). Abogado por la Universidad Nacional de Cajamarca.

privacidad de datos, seguridad digital.

## **THE VIRTUAL HEARINGS. ANALYSIS OF ITS ADVANTAGES AND LIMITATIONS IN THE PRACTICE OF TESTIFICAL, EXPERT EVIDENCE AND THE DECLARATION OF THE IMPUTE**

**Abstract:** Virtual audiences are today a sample of the real expression that technology has been exercising in the process field, responding not only to a conjuncture demand, but also to the specific need to resolve different situations such as the absence of the parties, distances, physical impediments, among others, which have as a common denominator, the frustration of certain tests such as the testimonial, expert or the statement of the accused. Faced with these adverse circumstances for the development of the evidentiary activity, the use of instruments such as videoconferencing seems to offer a useful alternative, which makes viable the interconnection of the parties, the lawyers, the prosecutor, the experts, the judge, and all those whose participation in the process is relevant. However, certain issues are presented that could be limiting such as the right of defense, immediacy, privacy of data and reserved information, guarantees of veracity and legitimacy, among others, whose protection must be guaranteed in any process that incorporates this type of virtual spaces.

**Keywords:** ICT, Virtual Hearing, Videoconference, Testimonial Evidence, Expert Evidence, Statement of the Accused, Impartiality, Immediacy, Right of Defense, Data Privacy, Digital Security.

### **1. Introducción**

Al día de hoy, asistimos a un nuevo escenario donde cualquier forma de comunicación es posible gracias al empleo de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (en adelante, las TIC) en el ámbito jurídico. La sociedad contemporánea ha recepcionado estos nuevos avances sea por necesidad, por innovación o por la simple invasión de las tecnologías en los diversos espacios. Sin mayores reparos, lo cierto es que vivimos bajo un contexto donde prima el uso de los medios tecnológicos y cuya presencia se ha extendido a todo el sistema de justicia, y en particular, al ámbito del proceso judicial, especialmente en el campo de la actuación de las pruebas testimonial, pericial y la declaración de imputado.

Una de las virtudes de la llamada *era de las tecnologías*, es la de facilitar la comunicación entre los seres humanos. Aquello supone eliminar las barreras que impedían esta finalidad como las distancias, el tiempo, la velocidad, la fluidez y claridad de la comunicación, entre otros factores. La expansión del mundo globalizado es el evidente resultado de la influencia de las TIC y del despliegue de todo su poder para lograr la interconexión mundial. Frente a este escenario, señala Blázquez (2001, pp. 18, 20), que estaríamos ahora en la cuarta era o revolución cuyos ejes están constituidos por la información y la comunicación y cuyo soporte son elementos electrónicos, agrega que, la “interactividad” es una de las características más potente de las nuevas tecnologías que permite emitir y recibir información, así como dialogar, conversar y transmitir información y conocimientos sin límite de distancia ni de tiempo.

Esta profunda transformación de la sociedad en general supone la hegemonía del *hombre digital* que se mueve y se adecua al rito que impone la tecnología. De manera que la comunicación por medio de los recursos tecnológicos es una exigencia producto de un modo de vida impuesto por el trabajo, las relaciones personales, familiares, o simplemente por la tendencia social. Ortega y Gasset (1929) en su magnífica obra *La rebelión de las masas*, advertía la presencia del *hombre masa* como protagonista de las relaciones masivas y de la sociedad de masas que resultó a principios del siglo XX con el advenimiento de las máquinas. Acontece ahora la era de las TIC, y con ello, el surgimiento de una sociedad en red, digital, informática, donde el *hombre virtual* emerge como actor principal en todo tipo de relaciones acaecidas en este contexto. Sotomarina (2010, p. 9) señala que el manejo intensivo de las generaciones que han nacido o se han desarrollado gozando las ventajas de la comunicación a través de correos electrónicos y páginas web, tienen las características de nativos digitales al nacer y desarrollarse en dicho medio

Lo que importa hoy en día es estar interconectado, formar redes, y sentir que se tiene cierto poder para acceder a la información y comunicación de manera rápida, sencilla y sin costos. El *hombre digital* es un ser omnipresente.

Sin embargo, toda evolución trae consigo nuevas preocupaciones y responsabilidades, tanto en el ámbito personal como social, así como la aparición de nuevas formas o modalidades de afectación de los bienes y derechos que son objeto de titularidad en el contexto de la sociedad tecnológica. Al respecto, Pérez Luño resalta que el impacto de las NT (Nuevas Tecnologías) en el ámbito de los derechos humanos representa un fenómeno ambivalente:

...de una parte, las NT han determinado la aparición de nuevos derechos que suponen la ampliación o profundización de determinados espacios de libertad; de

otra, han contribuido a la emergencia de derechos cuya finalidad es la garantía de los ciudadanos frente a un desarrollo tecnológico liberticida. (2010, p. 35)

Asistimos a un nuevo *escenario virtual*, un espacio caracterizado por la relatividad del tiempo y del espacio, aunado al control de la velocidad en el intercambio y cantidad de información. Es un nuevo espacio donde las relaciones interpersonales van quedando de lado para dar paso a las relaciones virtuales, a larga distancia o telemáticas. Ello es posible gracias a las TIC, tecnologías que permiten esta importante interacción y se centran especialmente en el tratamiento de la información por medios digitales.

Al respecto, Díaz (2010) señala lo siguiente:

Consideramos como «tecnologías de la información y de la comunicación» o «nuevas tecnologías» (que en este contexto usaremos como sinónimos), y entre otros instrumentos de transmisión y recepción de comunicaciones e informaciones, la telefonía fija, el móvil, la radio y la televisión, el GPS (Short Message Service) y otros servicios de mensajería, el correo electrónico, el chat o mensajería instantánea, y ocupando un indiscutible protagonismo, Internet, que incluye hoy buena parte de las anteriores prestaciones. (pp. 35-36)

Como podemos apreciar, las TIC comprenden una serie de mecanismos y medios cuya naturaleza común es el empleo de las tecnologías como vehículo para el transporte e intercambio de la información de una manera rápida, en tiempo real, y sin necesidad de hacerlo en forma presencial. Pues basta la existencia de canales tecnológicos que permiten el envío y recepción de información en tiempo real, incluso estando a extremos del planeta.

Las TIC hoy en día constituyen una invención sin la cual el mundo de la comunicación y todo lugar donde sea necesario intercambiar y procesar información de distinta índole, no puede marchar con normalidad. Las TIC son la herramienta que permite dinamizar el mundo de la información, con lo cual da movimiento a los distintos sistemas públicos y privados de información.

De allí que la Comisión Económica para América Latina y el Caribe ha señalado como características de las TIC (2009):

En primer lugar, ...la tecnología...consiste en actividades orientadas a la solución de problemas, que incorporan formas tácitas de conocimiento mediante procesos individuales o institucionales.

En segundo lugar, los paradigmas se definen sobre la base de un “artefacto” o “dispositivo” que mejora con el transcurso del tiempo y cuya descripción se incluyen sus características tecnológicas y económicas fundamentales.

En tercer lugar,... el carácter local y acumulativo del aprendizaje; por local se entiende la exploración y el desarrollo de nuevas técnicas probablemente se producirán en la proximidad de las técnicas ya utilizadas, en tanto que el término “acumulativo” denota que un nivel de desarrollo tecnológico es producto de experiencias pasadas de producción e innovación y, por ende, el resultado de una secuencia de soluciones a problemas específicos. (p. 28)

Las TIC sin duda implican una nueva era, la era de las tecnologías, la denominada “Era digital” o “e-learning”, donde se constituyen en el vehículo de intercambio de información por excelencia. Su influencia es de tal magnitud en la alteración de las relaciones sociales, que ahora las relaciones interpersonales se han convertido también en espacios o foros virtuales. Las redes sociales han reemplazado a las relaciones sociales tradicionales. Y el intercambio de la información se ha virtualizado y digitalizado.

## **2. Las TIC y su aplicación al sistema de justicia**

El ámbito jurídico no está exento a este mundo digital o cibernético impuesto por las TIC. De manera que los sistemas y procedimientos en este campo también han tenido que adecuarse a las exigencias de rapidez y eficiencia en el intercambio de la información. Se ha aprovechado el uso de diversos mecanismos tecnológicos que facilitan la virtualidad de la comunicación, haciéndola más accesible para los usuarios, o al menos brindando mayores espacios para el intercambio de la información en diversos ámbitos de la administración pública.

En el sistema español, Mozo y Nogueras (2014), hacen referencia a esta tendencia digital, donde se produce por ejemplo la migración de los documentos de soporte de papel a sus equivalentes en formato electrónico. Una de esas manifestaciones ha sido la regulación introducida por la Ley 18/2011, que regula el uso de las tecnologías de la información y comunicación en la Administración de Justicia (LUTICAJ), así como la incorporación de documentos electrónicos regulada por la Ley 1/2000 y el sistema LEXNET.

Otro de los avances en este espacio es la implementación del sistema Lente. Riviello (2006) señala que el sistema telemático Lente es una plataforma para el intercambio

seguro de información de gran diversidad de agentes y órganos judiciales, permitiendo la presentación de escritos y documentos, el traslado de copias y la realización de actos de comunicación por vía telemática, garantizando los requisitos exigidos en las leyes procesales.

En otro ámbito, Juan (2015) comentando las modificaciones a la Ley de Enjuiciamiento Civil Española, señala que los medios tecnológicos permiten una serie de ventajas como presentar telemáticamente escritos en las instancias judiciales a cualquier hora del día. Es decir, lo que se conoce como expediente digital, o digitalizado, donde la idea central es la de prescindir del uso del papel físico, y digitalizar todas las actuaciones.

Como podemos apreciar, el uso de las TIC ha sido paulatino, habiendo sido incorporadas para el procesamiento de la información de manera digital. De este modo, el intercambio se hace en forma digital, sin necesidad del empleo de medios físicos como el papel y, por otro lado, el intercambio de la información se realiza de manera interconectada mediante el uso de sistemas o plataformas virtuales como es el caso de Lente.

En países como el Perú, esta vanguardia en el uso de las nuevas tecnologías de la información y comunicación también ha generado importantes modificatorias como es el artículo 234 del Código Civil donde se establece que

...son documentos, los escritos públicos o privados, los impresos, fotocopias, facsímil o fax, planos, cuadros, dibujos, topografías, radiografías, cintas cinematográficas, microformas tanto en la modalidad de microfilm como en la modalidad de soportes informáticos, y otras reproducciones de audio o video, la telemática en general y demás objetos que recojan, contengan o representen algún hecho, o una actividad humana de resultado.

También en el sistema de justicia peruano se ha incorporado el sistema digitalizado a través del expediente electrónico y la notificación electrónica, así como la posibilidad del uso de los medios tecnológicos como las audiencias virtuales.

Como podemos apreciar, las TIC han ganado espacios en todos los sistemas de justicia, facilitando el intercambio de información entre las distintas instancias administrativas y, sobre todo, permitiendo el acceso rápido a la misma por parte de los usuarios de distintos servicios, entre ellos, los del sistema de justicia.

### 3. Ventajas del uso de la videoconferencia en la práctica de pruebas

El empleo de las TIC en los procesos judiciales, como hemos señalado, se ha dado en distintas modalidades. Estas van desde el empleo de documentos digitalizados a través del expediente digital, el empleo de la notificación electrónica, hasta las agendas virtuales y despachos digitales, entre otros campos.

Montesinos (2009) señala como uno de los empleos de las TIC en el proceso penal, el empleo de las videoconferencias u otros sistemas similares que permitan la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido para la práctica de determinadas pruebas, así como de otras diligencias. En el sistema español, la Ley de Enjuiciamiento Civil permite en el artículo 299, presentar palabras, datos, cifras y cualquier operación por medio de instrumentos como la filmación, grabación y semejantes.

Uno de los espacios donde las TIC se vienen implementando es el de la videoconferencia en los distintos tipos de diligencias y procesos. La videoconferencia permite la interconexión de personas que se hallan en lugares distintos a través de medios tecnológicos que permiten la interacción de imagen y voz, permitiendo, a su vez, el intercambio de estos elementos. Igualmente, señala que puede haber: a) videoconferencia punto a punto y, b) videoconferencia multipunto, cuando se realiza al emplear dos o más terminales.

Sin duda alguna, el uso de la videoconferencia permite facilitar la actuación de determinadas pruebas como la testimonial, pericial y declaración del imputado. En ese sentido presenta las siguientes ventajas:

- a. Facilita la participación de personas que no necesariamente se hallen dentro de la jurisdicción e incluso fuera del país.
- b. Genera celeridad procesal, pues no es necesario el desplazamiento de los involucrados, siendo un elemento importante cuando se trata de imputados que se hallan reclusos en un establecimiento penitenciario.
- c. Cuando va acompañada de los medios técnicos y personal especializado, otorga inmediación a las actuaciones que se practiquen.
- d. El uso de la videoconferencia permite la continuidad de los procesos, evitando que se pueda frustrar o postergar alguna actuación testimonial pericial o declaración.
- e. La videoconferencia puede resultar eficiente como mecanismo cuando es necesario la participación simultánea de distintas partes.

- f. También es un medio que en casos complejos y de gravedad, puede permitir proteger la identidad de los testigos.
- g. En el caso de las víctimas de delitos especiales como, por ejemplo, los sexuales o donde se afecte la intimidad personal o familiar, la videoconferencia ayuda a proteger la situación de las víctimas al evitar la exposición pública y la victimización secundaria.

De esta manera, la videoconferencia se caracteriza como un instrumento al servicio del proceso cuyas finalidades legales son la protección y agilización de los trámites (Baquero, 2017).

En el caso de la videoconferencia en caso de pruebas testificales, se ha citado la STTS del 17-Marzo-2015 donde se señala que: el recurso a la videoconferencia se encuentra subordinado a la concurrencia de razones de “utilidad” o a la finalidad de evitar que la comparecencia en la sede del órgano ante el que se desarrolle el plenario “resulte gravosa o perjudicial”. (Baquero, 2017).

En este sentido, la videoconferencia, sin duda es un mecanismo que permite celeridad, garantizando la realización de actuaciones que podrían presentar dificultades en cuestiones de presencia física, seguridad y protección de declarantes. De esta forma, la videoconferencia es un medio útil y garante de las actuaciones procesales.

#### **4. Limitaciones y desventajas del uso de la videoconferencia en la práctica de pruebas**

Sin duda uno de los grandes retos dentro del proceso judicial de la videoconferencia es la garantía del debido proceso, en especial el derecho de defensa de las partes. González (2015) señala que es urgente adaptar la Alecrín a la utilización y exigencias de las nuevas tecnologías, pero sin que su aplicación nos lleve finalmente a infringir evidentes derechos fundamentales. En el mismo sentido, Pérez (2010), señala que en una sociedad como la que nos toca vivir en, la reglamentación jurídica de las NT reviste un interés prioritario, de modo especial, en lo que afecta a la garantía de los derechos humanos.

Baquero (2017) señala que hay limitaciones en la apreciación de la videoconferencia en segunda instancia, lo que podría ocasionar una valoración distinta a la realizada por el juez de primera instancia, afectando así la valoración probatoria.

Sobre las cuestiones técnicas, Montesinos (2009), en relación a la imagen, señala que se necesitan condiciones mínimas de luminosidad para su correcto funcionamiento y de una correcta disposición física que permita la captación del plano del orador oyente. En relación al audio, señala que se deberá respetar en todo momento cuidadosamente el tipo de micrófono utilizado, la posición del micrófono frente al orador y, finalmente, la posición del micrófono respecto de los puntos de sonorización.

Pérez Luño (2010) ha señalado:

Nuestra vida individual y social corren, por tanto, el riesgo de hallarse sometidas a lo que se ha calificado, con razón, de “juicio universal permanente”. Ya que, en efecto, cada ciudadano fichado en un banco de datos se halla expuesto a una vigilancia continua e inadvertida, que afecta potencialmente incluso a los aspectos más sensibles de su vida privada; aquellos que en épocas anteriores quedaban fuera de todo control por su variedad y multiplicidad. (p. 21)

Así entonces, el empleo de la videoconferencia deberá cuidar que no se vulneren derechos fundamentales o garantías del debido proceso como el derecho de defensa, la congruencia en la valoración de pruebas en primera y segunda instancia, las cuales permitan el contradictorio, la publicidad y que faciliten la intermediación y apreciación por parte del órgano judicial.

## 5. Conclusiones

- a. Las TIC han ganado espacios en todos los sistemas de justicia, facilitando el intercambio de información entre las distintas instancias administrativas y sobre todo permitiendo el acceso rápido a la misma por parte de los usuarios de distintos servicios, entre ellos, los del sistema de justicia.
- b. Las audiencias virtuales constituyen hoy en día una muestra de la real expresión que viene ejerciendo la tecnología en el campo del proceso, respondiendo no solo a una exigencia coyuntural, sino también, a la necesidad concreta de resolver distintas situaciones como la inasistencia de las partes, las distancias, impedimentos físicos, entre otros, que tienen como común denominador la frustración de determinadas pruebas, así como la declaración testimonial, pericial o la declaración del imputado.

- c. Las audiencias virtuales ofrecen una alternativa útil, volviendo viable la interconexión de las partes, los abogados, el fiscal, los peritos, el juez, y de todos aquellos cuya participación en el proceso resulte relevante.
- d. La videoconferencia, sin duda, es un mecanismo que permite celeridad, garantizando la realización de actuaciones que podrían presentar dificultades en cuestiones de presencia física, seguridad y protección de declarantes. De esta forma, la videoconferencia es un medio útil y garante de las actuaciones procesales.
- e. Entre algunas de las deficiencias que se presentan en las videoconferencias se puede señalar las limitaciones al derecho de defensa, la inmediación, la privacidad de los datos e información reservada, las garantías de veracidad y legitimidad, vulneración al derecho de imparcialidad y espontaneidad en las declaraciones, la afectación de la veracidad, entre otros, cuya tutela debe garantizarse en todo proceso que incorpore este tipo de espacios virtuales.

## 6. Recomendaciones

- a. El empleo de la videoconferencia deberá cuidar que no se vulnere derechos fundamentales o garantías del debido proceso, tales como el derecho de defensa, la congruencia en la valoración de pruebas en primera y segunda instancia, que permitan el contradictorio, la publicidad y que faciliten la inmediación y apreciación por parte del órgano judicial.
- b. Ciertamente, uno de los grandes retos dentro del proceso judicial de la videoconferencia es la garantía del debido proceso, en especial el derecho de defensa de las partes.
- c. Deben implementarse módulos de atención para los usuario, los cuales permitan asistirlos y capacitarlos en el acceso a las videoconferencias, reduciendo, además, la brecha digital existente en el desconocimiento y falta de acceso a los medios tecnológicos para acceder a las audiencias por medio de este tipo de mecanismos virtuales.

## Referencias

- Baquero, A. (2017). *La videoconferencia en las garantías del proceso penal* [Tesis Doctoral, Universidad de Sevilla]. <https://idus.us.es/bitstream/handle/11441/67590/La%20videoconferencia%20en%20las%20garant%C3%ADas%20del%20proceso%20penal.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Blázquez Entonado, F. (2001). *Sociedad de la información y educación*. Consejería de Educación, Ciencia y Tecnología, Dirección General de Ordenación, Renovación y Centros. Mérida.
- Comisión Económica para América Latina y El Caribe. (2009). *La sociedad de la información en América Latina y el Caribe*. Editorial Naciones Unidas.
- Díaz, F. (2010). *Tecnologías de la información y la comunicación y nuevas dimensiones de los derechos fundamentales*. Fondo Editorial PUCP.
- González, J. (2015). Reflexiones sobre el proyecto de ley orgánica de modificación de la LECRIM para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológicas. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (17), 2-41. <http://criminet.ugr.es/recpc/17/recpc17-06.pdf>
- Juan Gómez, M. (2015). 10 cosas que deberías saber de la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil. *Diario la Ley*. <https://diariolaley.laleynext.es/content/Documento.aspx?params=H4sIAAAIAAAAEAMtMSbF1CTEAAiMjC-0MTC7Wy1KLizPw8WyMDQ1NDIAAJZKZVuuQnh1QWpNqmJeYU-p6qlJuXnZ6Poi4erT0wqzs8pLUkNLc0DSkqTVUrSExPDckPzkgsSrUF-GlOam5pXkq-XWFxQAQAiNh3UfQAAAA==WKE>
- Montesinos, A. (2009). *La videoconferencia como instrumento probatorio en el proceso penal*. Marcial Pons.
- Mozo, J. & Noguerras, J. (2014). La digitalización de documentos en la Administración de Justicia. *Ibersid*, (8), 1-6. <https://www.ibernid.eu/ojs/index.php/ibernid/article/view/4179/3794>
- Pérez Luño, A. (2010). Nuevas tecnologías y nuevos derechos. En *Efectos de las Tecnologías de la Información y la Comunicación sobre los Derechos Humanos* (pp. 18-37). Instituto de Derechos Humanos de Catalunya.
- Riviello, A. (2006). El sistema telemático Lente. *BOLETIC*, 1-4. [https://www.astic.es/sites/default/files/articulosboletic/mono3\\_1.pdf](https://www.astic.es/sites/default/files/articulosboletic/mono3_1.pdf)
- Sotomarinó Cáceres, S. (2010). *Análisis del funcionamiento de las redes sociales facebook y twitter en relación con los derechos personales a la imagen y a la intimidad*

*como a la institución de la responsabilidad civil* [Trabajo de investigación, Universidad de San Martín de Porres]. <https://www.yumpu.com/es/document/read/14252832/analisis-del-funcionamiento-de-las-redes-sociales-facebook-y-twitter->

# ACERCA DE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LOS DERECHOS DE AUTOR

*Erick Daniel Varas Rodriguez\**  
*Universidad Nacional Mayor de San Marcos*  
erick.varas@unmsm.edu.pe

**Resumen:** La problemática sobre los derechos de autor y la manera en la que estos deben ser entendidos es uno de los temas que mayores controversias ha generado en el tiempo, pues las posturas que tratan de brindar una explicación sobre este tema no han seguido una misma línea de desarrollo. A pesar de ello, la mayoría de estas posiciones buscan un mismo fin aunque por distintos caminos, tal es el reconocimiento y consagración en cabeza del autor de un derecho subjetivo que le permita disfrutar de los beneficios de sus creaciones. Para la comprensión se hace de vital importancia tener en consideración el contexto histórico en la que van a forjar sus postulados. Si bien pueden desprenderse conceptos típicos en todas ellas, cada una responderá de diferente manera a la interrogante sobre la naturaleza de los derechos de autor elaborando distintas teorías, las cuales han dejado importantes aportes que permiten tener una cabal comprensión de los derechos de autor en la actualidad. El desarrollo e importancia que ha llegado a alcanzar este derecho ha llevado, además, a la construcción de todo un sistema internacional para su protección, otorgándole la calidad de derecho humano. El camino a tal logro ha resistido la aparición de posturas rígidas e insostenibles, pero se ha sabido comprender con los aportes de la teoría de la personalidad el contenido fundamental de los derechos de autor.

**Palabras clave:** Derechos de autor, Propiedad, Bienes Inmateriales, Derechos de la Personalidad, Derechos Humanos.

## ABOUT THE LEGAL NATURE OF COPYRIGHTS

**Abstract:** The problem of copyright and the way in which it should be understood is one of the issues that has generated the greatest controversy over time, since the positions that try to provide an explanation on this subject have not followed the same line of development.

---

\* El autor es estudiante del quinto año de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y miembro principal del Taller de Derecho Administrativo Eduardo Laferrière - TADAEL UNMSM

In spite of this, most of these positions seek the same end although in different ways, such is the recognition and consecration in the head of the author of a subjective right that allows him to enjoy the benefits of his creations. For the understanding it becomes of vital importance to take into consideration the historical context in which they will forge their postulates. While typical concepts may emerge in all of them, each will respond differently to the question of the nature of copyright by elaborating different theories, which have left important contributions that allow for a thorough understanding of copyright today. The development and importance that this right has achieved has also led to the construction of an entire international system for its protection, giving it the quality of a human right. The path to such an achievement has resisted the appearance of rigid and unsustainable positions, but it has been possible to understand with the contributions of personality theory the fundamental content of copyright.

**Keywords:** Copyright, Property, Intangible Assets, Personality Rights, Human Rights.

## 1. Introducción

Cuando se empieza la tarea de entender e iniciarse dentro de una determinada área del derecho, una de las primeras cuestiones que deben ser estudiadas y analizadas profundamente es aquella que explique la naturaleza jurídica del objeto de estudio de dicha área. Esta travesía no es en vano, puesto que entender a cabalidad sus conceptos fundamentales importa construir las bases necesarias para asentar de manera idónea la comprensión de todo un contenido de instituciones jurídicas, teorías, legislación, sistemas de protección, etc. El contenido y objeto de estudio de los derechos de autor no es ajeno a esta idea, pues sobre este se han planteado y discutido diversas posiciones que aun generan interesantes debates.

Quizá esta variedad de posturas doctrinarias que pretenden explicar la naturaleza jurídica de los derechos de autor torne dificultoso el propósito del presente artículo, y más cuando ha de encontrarse con posturas contrapuestas. Pese a las dificultades, todas ellas pueden separarse a efectos de sistemática, en dos grupos: las teorías monistas y las teorías dualistas, las primeras defienden una concepción integral de los derechos de autor pues entienden que aquel es único y se encuentra integrado tanto por derechos morales como por derechos patrimoniales, mientras que las segundas reconociendo estas mismas prerrogativas las conciben como dos derechos diferentes, interdependientes, pero distinto el uno del otro.

Toda creación artística lleva consigo una exteriorización de la personalidad de quien la crea, dicha creación exteriorizada genera un vínculo, una relación que liga autor-obra y que le confiere a este un conjunto de prerrogativas morales y patrimoniales, que pueden tener un tratamiento distinto pero que en esencia se funden o surgen de una misma relación. Como podrá verse, el reconocimiento de dicho vínculo no ha sido uniforme en el tiempo, dicha situación puede tener diversas explicaciones, pero de entre todas ellas el factor histórico evidentemente es el que más ha influenciado, por lo que antes de presentar las posturas que van a tratar de explicar los derechos de autor se hace necesario entender cómo este ha sido concebido a través del tiempo. Solo así podrá abordarse la esencia del tema y discutir sobre el carácter jurídico de los derechos de autor. Vale recordar que las teorías que serán expuestas resaltan por ser las que más han impactado en la realidad social, sin embargo no debe pensarse que son las únicas.

## 2. Desarrollo histórico

Es necesario retroceder hasta la época de Atenas y Roma para encontrar las primeras manifestaciones acerca de la protección de los autores, no sin antes advertir que dicha concepción difiere notablemente de la que actualmente se tiene sobre los derechos de autor propiamente dichos. Pese a ello, es innegable que los creadores de ese entonces ya gozaban de un alto grado de respeto, tanto desde un enfoque directo sobre su persona como desde la de sus obras. Estos perseguían la gloria y la fama por encima de los beneficios pecuniarios que podrían obtener de sus creaciones. Además de recurrir a los copistas para su reproducción, también existieron libreros y bibliófilos en diversas partes del imperio. El plagio ya era reprochable socialmente, sin embargo, ello no supone la existencia de un derecho expresamente reconocido. En el Digesto se hace referencia a la *Lex Fabia de Plagiariis*, que castigaba a los que robaban niños menores de edad o vendían hombres libres como esclavos. No obstante, el término es usado por analogía y posteriormente Marco Valerio Marcial lo utilizará para referirse a la usurpación de una obra intelectual. La Ley de las Doce Tablas castigará a los difamadores, lo mismo ocurrirá con los panfletos en el Código de Justiniano, pero sobre derechos exclusivos de los autores no se llega a encontrar nada. Sobre este punto, Henry Jessen afirma: “El hecho de que no se haya encontrado ninguna disposición legal específica, únicamente significa que el amparo al artista de las artes plásticas, al dramaturgo y al escritor, estaba incluido en la ley general, siendo innecesaria una legislación especial” (1970, p. 19).

Marie Claude Dock, citada por Jessen, menciona:

Donat, en su comentario sobre Terencio, escribe acerca del EUNUCO: “Fue representada con tal éxito y aplausos que fue vendida una segunda vez y representada como nueva”.... Incluso los adversarios más encarnizados de la propiedad literaria en Roma reconocen una excepción para el derecho de representación. (p. 20)

Kohler explica que en la antigüedad no se encuentra reconocido el derecho de autor, pese a ello, existían relaciones vivas entre los escritores y los editores. Hubo un desarrollo considerable del comercio de libros en Roma y en las provincias, existía un sentimiento bastante desarrollado por el respeto de los creadores. Los medios de reproducción y distribución eran muy abundantes gracias a la esclavitud, los escritores vendían sus obras a los empresarios teatrales y probablemente también daban otros productos literarios a los libreros a cambio de dinero (1907, p. 29).

Por su parte, Baylos Corroza explica:

Aquella época posee la convicción de que, desde un punto de vista personal y espiritual, la obra pertenece al autor y son ilícitas la usurpación de la paternidad, la publicación contra su consentimiento y el plagio. Estas parecen ser las tres manifestaciones fundamentales de una conciencia del derecho de autor sobre su obra, que llega a traducirse incluso en una protección jurídica propiamente dicha. En efecto el autor es libre de publicar o no la obra. Franceschelli recuerda la aplicación en derecho romano de la *actio iniuriarum* frente a la publicación no autorizada, con análogo sentido al que posee en los casos de relevancia abusiva de disposiciones testamentarias o secretos familiares; y de la *actio furti* contra la publicación abusiva cometida a través de un atentado al manuscrito; y señala las manifestaciones de un derecho de paternidad y a perfeccionar la obra en sucesivas ediciones: Marcial manifiesta, en su conocido epigrama, la convicción de la ilicitud del plagio. (1978, p. 133)

Durante los siglos XIII y XIV los antiguos textos que permanecieron conservados religiosamente en los conventos son revisados, estos serán estudiados y comentados por las Universidades, dando paso nuevamente a la aparición de los copistas. No pasará mucho para que haga su aparición la invención que cambiará el mundo de esa época, y que generará el surgimiento de intereses que empezarán una ardua batalla en búsqueda de protección legal. Antes de dicho suceso histórico, la situación del autor no pareció ser un tema que provoque la intervención de las leyes, el plagio siempre ha existido pero cuando

este es insignificante no logra despertar el interés en pro de una protección legal especial. Acosta y Lara lo explica de la siguiente manera:

...cuando la actividad psíquica de los individuos apenas se dirige á aumentar débilmente la proporción de las ventajas individuales, no hay para qué preocuparse de someter á leyes jurídicas un fenómeno de tan escasa importancia... no hay para qué reglamentar un orden de actividad débil en su intensidad y limitado en sus relaciones todas como es el de la inteligencia. La intervención del Estado ó de la sociedad jurídica en los fenómenos sociales comienza á hacerse sentir desde el momento en que, dichos fenómenos adquieren vigor á efecto de producir resultados palpables en la sociedad, y hasta entonces es nula ó innecesaria cualquiera forma de organización á que se pretenda someterlos. (1890, p. 98)

Con la aparición de la imprenta de Gutemberg a mediados del siglo XV, es que empieza un importante cambio en la historia de los derechos de autor. Surge la era de los monopolios, privilegios que otorgaban la exclusividad para la reproducción de determinadas obras cuya finalidad primera fue proteger la figura del editor, pues se entendió que estos eran los que incurrían en los gastos que tal oficio amerita, por lo que se debía impedir que terceros se beneficien a costa suya. Sin embargo, con posterioridad dicha protección logrará alcanzar también a los autores. Las consecuencias sociales y económicas en la sociedad se van haciendo notorias, los editores buscan la protección de sus inversiones, los autores corren un “verdadero” peligro del plagio sus obras, el consumo y la producción de libros se masifica. Llegados a este punto, se puede afirmar que empieza a nacer un interés social a favor de la protección legal de estos actores.

El surgimiento de nuevas ideas en el campo de la ciencia y la religión harán que los permisos de impresión se conviertan en un medio para restringir la difusión de doctrinas peligrosas para el estado y la religión, por lo que su concesión estuvo al mero arbitrio y discrecionalidad del soberano. El primer privilegio de editor del que se tiene noticias fue el concedido por el Senado de Venecia a Giovanni Spira, en 1469, para editar cartas de Cicerón y de Pino (Masse, citado por Jessen, 1970, p. 21). Si bien aún no se concibe el derecho de autor tal como se conoce, ya se empieza a dar avances. Muestra de ello es el caso de Antonio Sabellico en Venecia, a quien se le concedió el privilegio sobre su obra *Decades rerum veneratum*, el 1 de setiembre de 1486. En el Reino Unido se forma, en 1557, la Stationers Company, primera asociación que contaba con un monopolio total sobre el uso de la imprenta.

La primera ley que establecerá un derecho de reproducción a favor del autor será el Estatuto de la Reina Ana, expedida en 10 de abril de 1710<sup>1</sup>. El Estatuto que inaugura un primer modelo de copyright, crea un régimen subjetivo de protección que produce la desaparición del régimen de privilegios a las obras, este evento suele considerarse el inicio del derecho de autor moderno. Le seguirán en España el Rey Carlos III mediante una Pragmática del 22 de marzo de 1763 que concede al propio autor el monopolio de explotación de su obra. Solo trece años después, el 6 de setiembre de 1776, el Rey Luis XVI de Francia reconocía la prioridad del autor sobre el librero.

En Francia, durante la Revolución, se empieza a abolir el sistema de privilegios, sustituyéndolos poco después por un régimen de protección al autor, fundado en el derecho de propiedad. La Ley del 19 de enero de 1791 dispone que las obras de autores vivos no podrán representarse en ningún teatro público, en toda Francia, sin el consentimiento formal por escrito de los autores vivos, bajo pena de confiscación del producto total de las representaciones en beneficio de los autores, también se establece que los herederos o cesionarios de los autores serían dueños de sus obras por el espacio de cinco años después de la muerte del autor. En Estados Unidos, que construirá un sistema de protección con prevalencia en lo económico más que en la protección personal del autor, se sancionan a partir de 1790 varias leyes federales para la protección de obras. En la Constitución de 1786, artículo 1, octava sección, se faculta al Congreso para promover el progreso de la ciencia y de las artes útiles, garantizando por un tiempo limitado a los autores y a los inventores un derecho exclusivo sobre sus respectivos escritos y descubrimientos.

En el ámbito internacional, en 1886 se celebra la Convención de Berna, revisada por última vez en 1979; así, diversos países empiezan a reconocer el derecho de autor en sus constituciones; en 1886 con la participación del Perú se celebra el Primer Congreso Sudamericano de Derecho Internacional Privado en Montevideo donde entre otros se aprueba el Tratado sobre Propiedad Literaria y Artística. En 1948 el derecho de autor es consagrado en la Declaración Universal de Derechos Humanos, posteriormente se seguirán adoptando tratados internacionales que afianzarán el nuevo status del derecho de autor. En 1952 se celebra la Convención Universal sobre Derecho de Autor que buscará contribuir a su fortalecimiento en el sistema internacional, además de asegurar el respeto de los derechos de la personalidad y a favorecer el desarrollo de las letras, las ciencias y las artes.

---

<sup>1</sup> “La Ley de la Reina Ana, cuyo título oficial era ‘Ley de fomento del aprendizaje por la que se otorga el derecho sobre las copias de libros impresos a los autores o compradores de las copias, durante el plazo en ella establecido’, promulgada por el Parlamento británico en 1710, fue la primera normativa que preveía un derecho reglamentado por el gobierno y los tribunales más bien que por partes privadas. Como lo señala la Oficina de Propiedad Intelectual del Reino Unido, en esa ley se introducían dos nuevos conceptos, a saber, que el autor es el titular del derecho y el principio de establecer un plazo definido para la protección de las obras publicadas” (Jewell, 2014, p.15).

### 3. Teoría de la propiedad

Esta teoría concibe los derechos de autor como una verdadera propiedad, sobre la creación intelectual de la obra recae un derecho real, tan igual del que se tiene sobre los bienes corpóreos. Siendo ello así, el autor puede libremente disponer de su creación, realizando los actos que mejor convenga a sus intereses, la obra es fruto de un trabajo intelectual igual de valioso que cualquier otro. La obra es exclusiva de quien la crea, existe un relación inmediata que la une al autor, que ha puesto sobre ella considerables esfuerzos para expresarla en el mundo, la cual ahora podrá ser representada, reproducida, cedida, no publicada, etc. Sobre este bien no puede recaer otro derecho más que el de la propiedad.

Los postulados de esta teoría empiezan a desarrollarse y consagrarse durante el ideario de la Revolución Francesa, el legislador revolucionario consideró que la propiedad literaria y artística era en suma una aplicación de la propiedad; en efecto, las leyes de la época harán mención reiteradamente al derecho de propiedad del autor sobre su obra. El ponente de la Ley de 1791, Le Chapelier, dirá: “La plus sacrée, la plus légitime, la plus inattaquable, et, si je puis parler ainsi, la plus personnelle de toutes les propriétés, est l’ouvrage, fruit de la pensée d’un écrivain; cependant c’est une propriété d’un genre tout différent des autres propriétés” (Renouard, 1838, p. 309).

La ley del 19 de julio de 17932 tuvo como relator a Lakanal quien pronuncia: “De toutes les propriétés, la moins susceptible de contestation c’est sans contredit celle des productions du génie ; et, si quelque chose doit étonner, c’est qu’il ait fallu reconnaître cette propriété, assurer son libre exercice par une loi positive” (Renouard, 1838, p. 326). Dicha ley regulará, por primera vez, los derechos de propiedad literaria y artística que la abolición de los privilegios había dejado sin protección (Chatain, 1880, p. 16). Se afirma que si hay una verdadera propiedad para el hombre esta es la de su pensamiento, pero que es una propiedad especial, distinta a las demás, que es justo que el autor pueda beneficiarse de esta durante toda su vida y aún después de su muerte durante cierto tiempo para luego cederla a la sociedad.

Este reconocimiento legislativo fue logro de una ardua campaña de los autores, influenciada por el pensamiento de Locke sobre la propiedad y el de los juristas progresistas de la Ilustración. Así, para resolver la cuestión sobre la naturaleza jurídica de los derechos de autor se acudirá a los antiguos conceptos romanos, cuya influencia estuvo en boga.

<sup>2</sup> Dicha ley, decidió, en su artículo 1, que los autores de escritos de todo tipo gozarían, durante toda su vida, del derecho exclusivo a vender, disponer la venta, distribuir sus obras y ceder su propiedad en todo o en parte. Su artículo 2 otorgó a sus herederos el mismo derecho durante diez años, a partir de la muerte del autor. Sancionaba al falsificador y exigía, para su publicación depositar dos ejemplares, en la Biblioteca Nacional o en la Oficina de Grabados de la República (Chatain, p. 25).

En ese sentido, la teoría de la propiedad brinda al problema de los derechos de autor una solución lógica dentro de la sistemática clásica romana, incluyéndolos en la categoría de los derechos reales. La titularidad de un derecho real hace referencia a una cosa que se encuentra en algún modo bajo el poder de cada individuo, y sobre el cual se puede hacer uso y disfrute sin intermedio de nadie; pues lo mismo puede decirse de la disposición directa del autor sobre su obra, sobre su creación intelectual.

El autor tiene sobre el producto de su inteligencia el derecho real más completo que se puede tener sobre una cosa, el de la propiedad, pues este está sometido a la absoluta y exclusiva voluntad del autor. Además, puede excluir que terceros ilegítimamente se aprovechen o pretendan adueñarse de su titularidad, es pues el derecho de autor una auténtica propiedad. Si es preciso reconocer la propiedad del empresario u obrero que con su materia prima y con el esfuerzo de su trabajo produce sus bienes de los que es propietario, cuánto más lo es el reconocer la propiedad de la obra a favor de su autor, que es quien la ha producido, la ha creado, ha puesto en ella sus pensamientos, sus ideas, sus sentimientos, parte de su ser. Así, el trabajo intelectual es un factor importante que legitima la propiedad sobre sus obras. Esta postura no tardará mucho en ser cuestionada. No obstante, sus defensores y algunos de sus postulados seguirán aún vigentes en el tiempo.

Dentro de esta teoría podemos diferenciar dos posturas: las que alegarán que sobre la obra recae un derecho de propiedad absoluto y por lo tanto sin ninguna limitación, y las que entenderán que el derecho de propiedad no es asimilable totalmente a las creaciones intelectuales, las cuales no presentan todas las características de esta, y en consecuencia la conciben como un derecho de propiedad especial o *sui generis*.

La primera de ellas busca hacer calzar la perpetuidad propia de los derechos reales a los derechos de autor, dejando de lado todo interés de la sociedad. Esta corriente combina intereses prácticos unilaterales con puntos de vista teóricos que siguen un curso materialista al equiparar el derecho a una obra del espíritu con la propiedad de una cosa física, y un curso anticultural en la tergiversación del derecho de la comunidad (Gierke, 1895, p.756). Marcel (1880) explica esta postura de la siguiente manera:

Este sistema apoya la causa de la perpetuidad, ve en las obras del espíritu una propiedad de derecho primordial, natural y necesario, transmisible a perpetuidad a los herederos y sucesores del autor. Los argumentos utilizados en apoyo de esta opinión son los siguientes: 1. Se argumenta desde la generalidad de los términos del art. 544 del Código Civil que declara absoluto el derecho de propiedad sin distinguir si se refiere a objetos materiales o de orden puramente intelectual. 2.

El segundo argumento consiste en decir que el trabajo es el fundamento de toda propiedad o, al menos, uno de los hechos que mejor la legitima. Si, dicen, el trabajo legitima la propiedad territorial, si, para usar las expresiones de Michelet, “el hombre hace la tierra”, ¿no es aún más correcto sostener que el trabajo intelectual legitima la propiedad? (p. 16)

De Ansorena, haciendo una crítica a las posturas que niegan en absoluto la propiedad literaria y a las que la consideran como un verdadero privilegio, afirma lo siguiente:

El progreso de los tiempos les ha hecho comprender lo absurdo de negar al autor sus derechos sobre las obras de ingenio: pero sin duda no se han atrevido á dar el paso decisivo, y equiparar esta propiedad con la propiedad en general. Se ha reconocido, pues, con limitaciones sin fundamento de ninguna clase. Esperemos que la obra del legislador se complete en breve plazo, y que reconozca que la propiedad del autor, sobre sus obras, es tan clara, tan legal y tan justa como la del dueño de una finca sobre esta. No debe haber excepción, y á iguales derechos, iguales leyes. (1894, p. 10)

Frente a la imposibilidad de asimilar totalmente el derecho de autor al de la propiedad, se opta por concebirla como un derecho de propiedad especial, pues el fundamento que lo explica sigue siendo el mismo<sup>3</sup>. Huard, explicando esta postura, afirma lo siguiente:

La propiedad intelectual no es propiedad en el sentido estricto de la palabra, ni un privilegio otorgado por el legislador, ni una forma particular de nuestra libertad personal; Por tanto, es cierto que se trata de un derecho de carácter especial. El error es clasificar bajo un nombre común la propiedad intelectual con diferentes derechos, como la ley de marcas. Si el industrial y el comerciante tienen derecho a apropiarse de signos que los distinguen a los ojos de la clientela, es porque sin

---

<sup>3</sup> Al respecto, la Corte Constitucional de Colombia en la Sentencia C-334/93: “La propiedad intelectual es pues una modalidad sui generis de propiedad, ya que guarda semejanzas y diferencias con la concepción clásica del derecho de propiedad, a saber: Coinciden la propiedad intelectual y la propiedad común en el hecho de que ambas reúnen los elementos esenciales de la propiedad: *el usus, el fructus y el abusus*, con las limitaciones que establecen la Constitución y la Ley”. Cabe mencionar que la Corte brinda una interpretación circunscrita a los artículos 61 de la Constitución y 670 del Código Civil, para luego hacer una de todo el acervo constitucional sobre el particular, afirmando lo siguiente: “Se concluye de los textos constitucionales de 1991 que hay una filosofía humanista, cultural e integracionista en la que se inscribe la protección intelectual: no se trata de una forma sui generis de propiedad sino de un mecanismo para proteger al patrimonio cultural de las personas y de la nación en su conjunto, en aras de fomentar y perpetuar la identidad cultural colombiana, en el marco del respeto recíproco de la comunidad internacional”. También en la sentencia C-069/19: “A partir de los derechos de autor se constituye entonces una forma de propiedad sui generis, que permite controlar el uso y explotación que se haga de las creaciones intelectuales”.

esta facultad no podrían ejercer libremente su industria; todo lo demás es la base de la propiedad intelectual. La clasificación propuesta debe rechazarse porque crea una lamentable confusión. (1903, p. 34)

Por su parte, De Azcárate señala:

Pero si no se puede negar que el fin que se toma en cuenta, al regular esta relación, es de carácter económico... y, por otra parte, no nace este derecho mientras no hay un objeto exterior material, sin el que aquél no existe, parece evidente que es una relación de propiedad, aunque sea sui generis, y no puede entrar por lo mismo en las antiguas formas históricas, lo cual nada tiene de extraño... (1880, p. 320)

Las principales objeciones que se hacen a la Teoría de la Propiedad son las siguientes:

- La propiedad es esencialmente perpetua, resultaría una contradicción otorgarse un derecho de propiedad al autor y al mismo tiempo declarar su temporalidad.
- Un derecho real recae sobre objetos corporales que se caracterizan por su materialidad e impersonalidad, y la obra intelectual no responde a esa naturaleza.
- Las formas de adquirir la propiedad común no pueden ser aplicadas al derecho de autor que nace exclusivamente con la creación de la obra.
- La disposición de un derecho real es absoluta, mientras que el autor jamás se deslinda de su obra por más que permita que otros la exploten.
- Se busca definir el Derecho de autor desde un punto de vista del aspecto económico utilitario, dejando de lado el aspecto moral y personal de las creaciones.

#### **4. Teoría de los bienes inmateriales**

La idea de concebir al derecho de autor dentro de las clásicas categorías jurídicas, responde, como muy bien lo explica Ahrens, al intento de resolver este problema de acuerdo con los principios romanos de propiedad cuyo valor histórico y tradicional no pudo ser dejado de lado para explicar el todavía naciente derecho de autor (1873, p. 393). Este no puede ser enmarcado como un derecho real de propiedad que está reservado solo a las cosas corporales, pues aunque es un derecho afín, existen características que los

diferencian. Frente a las inconsistencias que surgen al tratar de asimilar este derecho al de la propiedad, nace la teoría de los derechos sobre bienes inmateriales. El defensor de esta teoría, Kohler, citado por Lipszyc explica:

...el dominio, en su construcción tradicional sólo puede referirse a las cosas materiales, en tanto que el derecho del creador no es de esta clase: se trata de un bien exclusivo sobre la obra considerada como un bien inmaterial, económicamente valioso y, en consecuencia, de naturaleza distinta del derecho de propiedad que se aplica a las cosas materiales. (2017)

Según Kohler el hombre no solo se apropia de bienes materiales, o contrata con sus semejantes, sino que crea bienes que son solo obra de su espíritu. A estos los llama bienes inmateriales, que son el objeto de los derechos inmateriales, por lo que el derecho de autor no es personal ni real, sino un derecho sobre un bien inmaterial. Este derecho otorga exclusividad al dueño de la obra, el cual puede disponer sobre esta de la manera que mejor le convenga, sin que esto signifique reconocer un derecho de propiedad. López Quiroga, explicando el pensamiento de Kohler, dice lo siguiente:

En efecto: malamente se podrá aplicar la noción de propiedad á las ideas musicales, poéticas, etc., difíciles de circunscribir, y en general á los bienes inmateriales; las formas de adquisición y pérdida, la cesión, la apropiación y utilización de estos bienes, son, por tanto, bien diferentes de los que se refieren á los objetos retenidos por el propietario. (1918, p. 12)

La distinción es clara, sobre el concepto común de los derechos sobre los objetos se construyen los derechos sobre bienes físicos y los derechos sobre los bienes incorpóreos. Ambos poseen características y peculiaridades que los distinguen entre sí, por lo que deben entenderse de manera distinta para tener una noción exacta de los derechos de autor. Estos derechos sobre bienes inmateriales pueden descomponerse en nuevos subconceptos, y la distinción más esencial es la que se hace entre las formaciones de pensamiento artístico y técnico; el primer elemento distintivo conduce a los derechos sobre la autoría, el derecho de las obras de arte y el diseño, el último al derecho sobre las invenciones y los modelos de utilidad.

## 5. Teoría de los derechos intelectuales

Esta teoría tiene como principal exponente a Edmond Picard, para quien la clasificación tripartita del derecho romano siempre resultó insuficiente para explicar la verdadera naturaleza de las cosas provenientes del intelecto humano. Los romanos no pudieron entender tal producto intelectual, obra humana que escapa a los límites de su tradicional clasificación jurídica eminentemente positiva y materialista, no se dieron cuenta de cómo algo puramente intelectual podría ser objeto de un derecho. Aún en el tiempo el legislador no pudo librarse de tal influencia y siguió respetando casi de manera religiosa esta tradicional clasificación, pues frente a aquellas figuras que no podían responder a las características de los derechos reales (*jura in re materiali*), de los derechos personales (*jura in persona ipsa*) ni de las obligaciones (*jura in persona aliena*), existió una tendencia a enmarcarlas de manera forzada dentro de la categoría de los derechos reales, considerada como una tienda general destinada a recibir todo aquello que no recibía lugar en las otras dos categorías. Lo anterior explica el trato asimilado que se dio a los derechos intelectuales en relación con los derechos reales, pese a la existencia de diferencias de naturaleza y origen que presentaban al agruparlos dentro de un mismo régimen, lo que solo puede traer confusión, por lo que se hacía necesario un régimen aparte para los derechos intelectuales (Picard, 1928, p. 94).

Frente a esta notoria insuficiencia de la clasificación tradicional, Picard entiende que es necesario añadir una cuarta clasificación para enmarcar a los derechos intelectuales, la que llamó *jura in re intellectuali*, dentro de los cuales comprende a los derechos sobre las obras literarias, artísticas, científicas, marcas y patentes de invención. Se trata de concepciones mentales, consideradas independientemente de su soporte material, que suponen un derecho exclusivo a su titular durante un tiempo determinado, a cuyo vencimiento se convierten en *communia ómnium*, es decir, cosas que no tienen dueño, sobre las que todo el mundo tiene un derecho de uso (Picard, 1921, p. 54).

## 6. Teoría de la colectividad

Uno de los principales expositores de esta teoría es Renouard quien afirma que en la naturaleza de las creaciones debidas al trabajo de los autores, no existe la apropiación; tan pronto como se publica, su disfrute atrae a todos y no está en el poder del autor tenerla exclusivamente para sí. Por tanto, no podríamos hablar de propiedad intelectual, dicha expresión debe ser rechazada del lenguaje legal. Pero conviene reconocer en beneficio de escritores, artistas e inventores un derecho exclusivo de reproducción, un privilegio. Renouard explica que el libro es la prestación de un servicio a la sociedad; invoca un

contrato celebrado entre el autor y la sociedad, ofreciendo esta última su protección a aquella su obra en determinadas condiciones (Renouard, 1838, p. 461).

En realidad el autor no hace una creación en sentido estricto, porque su obra no es exclusivamente suya; la ha tomado prestado de lo que se llama el fondo común: ideas extraídas de una fuente que fluye para toda la colectividad. Entonces, el autor las modifica y las transforma, les impregna de su ingenio y creatividad para darles una nueva forma, una que ahora es particular y original, pero a pesar de tal logro, la fuente u origen sigue siendo el mismo. De lo que el autor ha extraído de esta fuente, ha tomado parte de los bienes que estaban en el patrimonio de la sociedad, se concluye que la sociedad puede obligar a los autores a entregarle, sin compensación, el producto de su creación. La obra se entrega entonces a todo el mundo, todo el mundo tiene derecho a disfrutarla: la propiedad exclusiva desaparece.

Por su parte, Fernandez Elías, explicando las diversas posturas sobre los derechos de autor, presenta esta teoría en los siguientes términos:

...los que sostienen la doctrina contraria, además de la idea que hemos indicado de que cosas de tan valía no podían ser de propiedad particular, ni dejar al arbitrio de algunas personas el que el mundo pudiese ó no aprovecharse de ellas, dicen que las obras de la inteligencia, desde el momento que se producen, mejor dicho, que se hacen públicas, se separan por completo y en absoluto del autor; pierde éste sobre ellas su paternidad y sus derechos; entran en una esfera más amplia y elevada; pertenecen á todos los hombres y á todas las inteligencias, que puedan modificarlas ó aceptarlas. (1880, p. 66)

Una postura extrema es representada por la opinión de Blanc, quien citado por De Ansorena, la expresa en los siguientes términos:

No sólo es absurdo declarar al autor propietario de su obra, sino que también lo es proponerle como recompensa una retribución material. Rousseau copiaba música para atender á las necesidades de su vida y componía libros para instruir á los hombres. Tal debía ser la existencia de todo hombre de letras digno de este nombre. Si es rico, que se dedique al cultivo de su pensamiento, tarea fácil para él; si es pobre, que sepa combinar con sus trabajos literarios el ejercicio de una profesión que subvenga á sus necesidades. (1894, p. 6)

## 7. Teoría de la personalidad

Consideramos que las teorías ya expuestas no niegan la importancia de los intereses morales del autor, pero estos no son tomados en cuenta al responder la problemática de la naturaleza de este derecho. La teoría de la personalidad centra el enfoque en los derechos morales, vale decir, en la misma persona del autor. Esta teoría tendrá como fundamentos los postulados de Kant, para quien el derecho de autor es un derecho personal, inalienable e intransferible, un *jus personalissimum* (Kant, 1979, p. 1369).

Para Kant, el libro representa un discurso dirigido al público, de quien habla en su propio nombre (autor), o de quien habla en nombre de otro (editor) mediante un *mandatum* otorgado por el primero. Así, el libro es un producto del arte, un objeto material que otorga un derecho real a todo poseedor legítimo de un ejemplar del mismo, pero el discurso contenido en el libro no se adquiere con esa posesión, pues solo el autor tiene un derecho personal sobre el discurso que creó (Kant, 1873, p. 133).

Kant (1785), comentando sobre la ilegalidad de la reimpresión de los libros, dice:

Como resultado, estos contenidos pertenecen exclusivamente a la persona del autor; y la misma persona tiene el derecho inalienable (*jus personalissimum*), a hablar siempre en nombre propio por intermedio de un tercero, vale decir que nadie puede pronunciar este discurso en público si no es en su nombre... El autor y el dueño de la copia empezaron a decir con la misma fuerza: ¡es mi libro! pero en un sentido diferente. El primero toma el libro como escritura o discurso; el segundo simplemente como el instrumento mudo para pronunciar el discurso para él o para el público, como una copia. Pero este derecho del autor no es un derecho sobre algo material, es decir, la copia (porque el propietario puede quemarla delante del autor); sino un derecho innato en la propia persona. (p. 416)

Por su parte, Gierke afirma sobre el derecho de autor que es un derecho personal, un producto de la propia esfera de la personalidad<sup>4</sup>. En la medida en que la obra se separa de su creador, asume las características del dominio material, pero nunca se transforma en un derecho de propiedad puro. Sin embargo, el derecho de autor puede, sin perjuicio de su núcleo personal, ser ejercitado como un derecho de propiedad. El autor, como dueño de

<sup>4</sup> Gierke define los derechos de la personalidad de la siguiente manera: “El término derechos de la personalidad es lo que llamamos derechos que garantizan a su sujeto el control sobre un componente de su propia esfera de personalidad. Con este nombre se identifican como derechos sobre la misma persona y, por tanto, se diferencian de todos los demás derechos al referirse a la especificidad de su objeto... Pertenecen a los derechos absolutos y por lo tanto contienen derechos prohibitivos contra quien intervenga sin autorización en el ámbito de dominación que han delimitado... El derecho a la personalidad es un derecho subjetivo y debe ser reconocido y respetado por todos” (1895, p. 702).

su obra, tiene también el derecho exclusivo de decidir si la misma obra debe ser explotada y cómo. Por lo tanto, solo él tiene derecho a cualquier posible ingreso por su uso. Todo derecho utilizable de otra persona sobre sus obras intelectuales solo puede derivarse de su derecho de autor (Gierke, 1895, p. 748). Sus principales postulados son los siguientes:

- El derecho de autor se basa en la creación intelectual individual. Lo que importa es la originalidad, no la utilidad del producto intelectual. Quien no crea una obra espiritual, sino que solo la saca a la luz, no adquiere un derecho de autor para sí mismo.
- Solo el autor como dueño de su producto intelectual puede gestionar y disponer de su creación, en ese sentido puede desarrollarse al mismo tiempo un derecho de propiedad. Sin embargo, toda esta área de control responde a la naturaleza y núcleo personal de este derecho.
- En la medida en que la obra es entregada al público, esta se desprende de la persona del autor, cualquiera podrá disfrutar de la obra, incluso podrá ser utilizada como fuente de inspiración creativa, pero de ninguna manera se rompe el vínculo entre la obra y su autor. Aun así, esta sigue siendo suya, una revelación de su mente, un rasgo de su personalidad.
- Si bien el autor ha renunciado al dominio exclusivo de su pensamiento y en cierta medida lo ha convertido en un bien común, este no ha liberado su derecho para la explotación de la obra.
- Durante su vida, el autor puede ceder su derecho de publicación, de ejecución, de reproducción, de traducción, etc. También puede conceder a otra parte el pleno poder de disposición sobre la publicación. Sin embargo, incluso entonces, el derecho de autor creado por él, en la medida en que sigue existiendo como tal, sigue estando arraigado en su persona, en cuanto a su sustancia, está inseparablemente ligada a su creador. En efecto, incluso después de su muerte, el derecho de autor, aunque se transmite íntegramente a sus herederos, extrae existencia y vitalidad solo de su personalidad.

Ahrens afirma que el trabajo espiritual es una íntima manifestación de la personalidad, distinta a aquel que hace nacer la propiedad sobre bienes materiales. La creación intelectual reflejada en un manuscrito casi sin valor, nace con vocación a ser reproducida, y en ese sentido genera un derecho exclusivo para tal efecto. Esto último es lo que se ha sostenido para considerar el derecho de autor como una propiedad. Así, menciona:

El derecho de autor es naturalmente, bajo la relación del sujeto, un derecho de la personalidad, pero que recibe su aplicación en el derecho real como un justo modo particular de adquirir una propiedad por medio del trabajo intelectual, y que podría llamarse simplemente el derecho de remuneración del trabajo intelectual. No es, pues, un derecho de obligación;... el derecho de autor, que reside principalmente en la prohibición de la falsificación, se ejercita hacia todo el mundo, y no hacia personas determinadas, como en el derecho de las obligaciones; es, pues, un derecho de la personalidad, ejercitado en consideración de un bien material en el derecho real. (1873, p. 400)

## 8. Derechos de autor y derechos humanos

La protección sobre los intereses de los autores ha sido reconocida en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos. El primer documento en reconocer dentro de esta categoría a los derechos de autor fue la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre<sup>5</sup> en 1948, que en ese sentido tuvo una fuerte influencia en la Declaración Universal de Derechos Humanos<sup>6</sup>, adoptada ese mismo año y que reconoció de igual manera este derecho. Sin embargo, dicha incorporación no fue pacífica, surgiendo un amplio debate entre las delegaciones encargadas de su redacción. El principal impulsor de dicha incorporación (con prioridad de los derechos morales sobre los económicos) fue Renné Cassin, delegado de Francia, cuya primera propuesta fue rechazada, pero finalmente recogida en la Tercera Comisión a pesar de las objeciones que se habían presentado, según las cuales los derechos de propiedad intelectual estaban adecuadamente regidos por la disposición ya existente en materia de propiedad o no eran propiamente hablando un “derecho humano básico” (Green, 2000, p. 5).

El Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales cuya elaboración estuvo a cargo de la Comisión de Derechos Humanos con apoyo y colaboración de la UNESCO, también reafirmó la obligación de los estados de respetar, garantizar y proteger los derechos de los autores. En el 2005, el Comité (CDESC) encargado de supervisar la aplicación del Pacto elabora la Observación General número 17<sup>7</sup> que ayuda

<sup>5</sup> Artículo XIII segundo párrafo: “Tiene asimismo derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de los inventos, obras literarias, científicas y artísticas de que sea autor”.

<sup>6</sup> Artículo 27° inciso 2: “Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora”.

<sup>7</sup> La Observación General dispone: “Los derechos humanos son fundamentales porque son inherentes a la persona humana como tal, mientras que los derechos de propiedad intelectual son ante todo medios que utilizan los Estados para estimular la inventiva y la creatividad.... Es importante pues no equiparar los derechos de propiedad intelectual con el derecho humano reconocido en el apartado c) del párrafo 1 del artículo 15”.

a la adecuada interpretación, aplicación y desarrollo del contenido del derecho humano reconocido en el PIDESC de toda persona a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.

Todos estos instrumentos internacionales no hacen más que afirmar la categoría que ostenta el derecho de autor en los sistemas de protección internacional, el de un derecho humano<sup>8</sup>. Para salvar algún cuestionamiento sobre el particular cabría mencionar que el reconocimiento de un derecho humano es incompatible con el relativismo cultural, es decir, un sistema de pensamiento según el cual los valores fundamentales del ser humano y la sociedad varían en función de las referencias culturales de las distintas comunidades, como señala Kéréver: “La universalidad de los derechos humanos no puede estar supeditada a ningún relativismo cultural, por lo menos en cuanto a su disfrute. En cambio, su ejercicio sí puede depender en cierta medida de la historia y la cultura locales” (1998, p. 18).

Seguidamente, cabría cuestionar la existencia de dos sistemas jurídicos sobre los derechos de autor: el continental y el *copyright*. Empero, esto no parece ser un inconveniente para reconocer la universalidad de este derecho; pues, aunque en el primer caso prime la posición de los intereses morales que cuentan con un alto nivel de protección, no quedan fuera de este alcance los intereses patrimoniales que igualmente son amparados, mientras que en el segundo sistema, cuya principal finalidad es la protección de los intereses económicos, tampoco se niega la protección moral de la persona del autor.

No cabe duda que el derecho a la libertad es un derecho fundamental<sup>9</sup> del ser humano, que a su vez comprende el derecho a la libertad de creación cultural, literaria y artística, pues el derecho de autor es una prolongación de esa libertad de crear, que importa la manifestación de la personalidad de la autor que es independiente de la utilidad económica que se le pueda dar. En ese sentido, Kéréver (1998) afirma:

Constituye un acierto que la Declaración Universal de 1948 y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales afirmen la asimilación del

---

<sup>8</sup> A esto cabe añadir lo que establece la Declaración y Programa de Acción de Viena en el apartado 5, Sección I: “Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso. Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales”.

<sup>9</sup> En opinión de Kéréver un derecho fundamental es aquel cuyo reconocimiento es imprescindible para que una persona humana pueda no sólo vivir, en el sentido biológico del término, sino además alcanzar su plenitud en la sociedad a que pertenece (1998, p. 19).

derecho de autor a los derechos fundamentales y universalmente reconocidos en la época de la mundialización y de la transformación de las técnicas de comunicación. En efecto, esta doble evolución desarrolla y amplía los aspectos económico-comerciales de las actividades culturales, y se corre el riesgo de que se oculte la función fundamental de la creación. (p. 23)

## 9. El Derecho de autor en la legislación peruana

La Constitución Política del Perú dispone en su artículo 2, inciso 8: “Toda persona tiene derecho a la libertad de creación intelectual, artística, técnica y científica, así como a la propiedad sobre dichas creaciones y a su producto. El Estado propicia el acceso a la cultura y fomenta su desarrollo y difusión”. Dentro de los derechos fundamentales que se reconocen en este artículo se ubican los derechos de autor, comprendiendo su vertiente moral y patrimonial, como ya lo ha establecido el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N° 0044-2004-AI/TC. Así, el derecho de autor reconocido en la Constitución importa, además, una protección sobre toda la gama de los derechos morales, los cuales son inherentes e imprescriptibles.

A nivel infraconstitucional el Código Civil regula el derecho de autor dentro de los derechos de las personas. Así, establece en su artículo 18.º: “Los derechos del autor o del inventor, cualquiera sea la forma o modo de expresión de su obra, gozan de protección jurídica de conformidad con la ley de la materia”. El dispositivo legal al que hace referencia es el Decreto Legislativo N° 882 Ley sobre Derechos de Autor, que reconoce respecto de los derechos morales sus características de perpetuos, inalienables, inembargables, irrenunciables e imprescriptibles, cuyo contenido comprende además el derecho de divulgación, paternidad, integridad, modificación o variación, retiro de la obra del comercio, y acceso.

Estos derechos no son ilimitados, el artículo 29.º representa un supuesto donde prima el resguardo del patrimonio cultural de la Nación. Asimismo, la protección y salvaguarda de estos derechos (morales y patrimoniales) está delegada a la Oficina de Derechos de Autor del Indecopi<sup>10</sup>. En el año 2008 se crea la Dirección de Derecho de Autor mediante el Decreto Legislativo N. 1033. Esta promueve una cultura de respeto

<sup>10</sup> Sobre lo que incumbe a nuestra materia el Indecopi se ha pronunciado así en la Resolución N. 457-2019 TPI-INDECOPI: “La Sala conviene en señalar que para que una fotografía sea protegida por la Ley de la materia, debe tener elementos creativos individuales que permitan identificar la parte de la personalidad del autor que éste ha plasmado en su creación y así permitir su distinción respecto de cualquier otra fotografía. Atendiendo a ello, una fotografía, para ser obra, no puede constituir sólo una simple reproducción de objetos ya existentes”. También en la Resolución N. 0286-1998 TPI-INDECOPI: “Debe entenderse por originalidad de la obra la expresión (o forma representativa) creativa e individualizada de la obra, por mínimas que sean esa creación y esa individualidad. La obra debe expresar lo propio del autor, llevar la impronta de su personalidad”.

al derecho de autor y los derechos conexos y como parte de sus funciones se encarga de velar por el cumplimiento de las normas legales que protegen al autor, a los artistas intérpretes y ejecutantes con respecto a sus obras, interpretaciones y ejecuciones así como a todo titular de derechos sobre las mismas.

## 10. En opinión del autor

Como se ha visto, el derecho de autor ha sido entendido de diversas maneras en el tiempo. Como parece ser natural, la primera teoría que se elabora responde al limitado desarrollo que en su momento se tuvo sobre el contenido de este derecho, pero tal entendimiento erróneamente podría ser rechazado en su totalidad toda vez que enfoca la visión al aspecto material (intereses patrimoniales) de las creaciones intelectuales, y ¡quien podría negar la importancia que representa este aspecto! Pero de ahí a pretender concebir el núcleo del derecho de autor acudiendo al derecho de propiedad no parece ser lo más conveniente, primero porque este no se subsume completamente en ella, como ya se ha mencionado anteriormente en las objeciones a esta teoría, y segundo porque el fundamento de tal conclusión responde históricamente a la protección de solo uno de los derechos que genera la obra, a decir, el derecho de reproducción.

Desde la aparición de las primeras leyes sobre derecho de autor, ya se entendía que la obra no se reduce al libro físico. De ahí que es equivocado pensar que la propiedad proclamada responde a una concepción en ese sentido. Todo esto no quiere decir que el reconocimiento de los derechos morales haya faltado, lo que ocurre con ellos es que no aparecen en un inicio como aquello por lo que se reclama protección.

Al autor se le confieren derechos desde la misma creación de su obra, luego no es necesario que tenga que ejercer sus derechos patrimoniales, incluso puede renunciar a ellos, a diferencia de lo que ocurre con los derechos morales, que vienen a ser imprescriptibles, inalienables, inembargables e indisponibles, todos ellos fundados en la esfera más íntima de la persona del autor. En efecto, la obra meritoria de protección, fuera cual fuera su contenido es un reflejo de la personalidad. Por medio de ella se puede conocer el pensamiento del autor, sus creencias, opiniones, cosmovisión, creatividad, imaginación, críticas, es personalísima y le pertenece solo a su creador, el mismo que puede oponer su derecho *erga omnes*. Así, el vínculo entre la obra y el autor tiene como fundamento el “desprendimiento” de su personalidad, la misma que direcciona la creación durante todo su periodo de formación, la que le da sentido, sin perjuicio de los intereses externos, pues incluso en ese caso, parte de la personalidad se pone de manifiesto.

El derecho que se ostenta sobre la obra en virtud del cual se puede disponer sobre la misma, tiene su aplicación en el derecho real, es decir, la creación se presenta solo a esos efectos como un bien inmaterial, particular por el sustrato intelectual que la compone. Esto es cierto, y de fácil comprobación en la actualidad, donde el mundo de la creación intelectual, artística y científica se impulsa no por motivos loables de beneficencia para con el patrimonio cultural de la humanidad, sino por intereses económicos, que son igual de legítimos que cualquier otro derecho sobre una obra. Dicho esto, cabe añadir que aun cuando se ejercen los derechos patrimoniales la obra sigue estando vinculada a la persona del autor, y es por eso que los derechos morales prevalecen, están por encima, y tienen una calidad superior sobre los patrimoniales. Pues bien, resultaría un despropósito tratar de definir la naturaleza jurídica del derecho de autor en función del aspecto que no es el que prevalece. En cambio, dicha tarea debiera hacerse en razón del aspecto que está por encima de todos, esto es, el moral, cuyo fundamento radica en la persona del autor.

## 11. Conclusiones

- Históricamente, desde la antigüedad el respeto al derecho de autor siempre ha estado presente; el reconocimiento legal, si bien fue un logro que se alcanza en la época moderna, no quiere decir que anterior a ella no se haya presentado bajo ninguna forma. La necesidad de una protección legal recién se empieza a formar con la aparición de la imprenta. El mundo de esa época responde con la creación de monopolios, con privilegios a favor de los editores, y estos últimos fueron los primeros en impulsar tal propósito. Así, con la Revolución Francesa se consagra el derecho de los autores como una propiedad sagrada. Es a partir de ese momento en que se empiezan a formar diversas posturas para explicar tan peculiar reconocimiento.
- La teoría de la propiedad, es la primera teoría que pretende explicar el derecho de autor. El Siglo de las Luces reivindicará la propiedad como un derecho natural, así, con la influencia de los preceptos romanos es que se acudirá a reconocer el derecho de autor como una propiedad sagrada. Algunos considerarán que se está frente a una propiedad de la más pura, mientras otros atenuarán dicha posición y la concebirán como un derecho de propiedad sui generis, debido a la falta de congruencia al tratar de asimilar ambos derechos.
- Frente a la imposibilidad de tal asimilación es que surgen la teoría alemana de los bienes inmateriales, que enfatizará el entendido de que sobre bienes que no tienen un soporte físico no puede recaer un derecho real de propiedad, pues sobre ellos recae un derecho sobre bienes inmateriales. En Bélgica,

la teoría de los derechos intelectuales vuelve a resaltar la insuficiencia de la clasificación tradicional que agrupaba al derecho de autor dentro de los derechos reales. Se hace necesario un régimen específico y autónomo para explicar al derecho de autor. Edmond Picard crea una nueva categoría a la que denomina *jura in re intellectuali*, los derechos intelectuales no fueron entendidos por los romanos, por lo tanto, seguir fielmente sus preceptos no hace más que provocar confusión.

- La idea de la apropiación exclusiva del autor para con su obra es cuestionada por la teoría de la colectividad, que asume el entendido de que el autor toma del patrimonio de la humanidad las ideas base que pertenecen a todos y con el añadido de su creatividad elabora ideas distintas, pero tal logro sigue fundándose en el fondo común. Así, la colectividad tiene el derecho de acceder y disfrutar sobre las creaciones de todos, pero como contraprestación, esta le otorga la exclusividad, el privilegio de poder explotar su creación.
- El derecho de autor ha llegado a concebirse como un derecho humano, fundado en la dignidad de la persona. Así, los estados tienen la obligación de respetar, proteger y garantizar el goce de los intereses morales y patrimoniales de todos, en virtud de la adopción de diversos instrumentos internacionales que los vinculan. En el ordenamiento jurídico peruano, se le concibe como un derecho de la persona y con una regulación especial: el Decreto Legislativo N. 822.
- Asumir el derecho de autor como un derecho de la personalidad, se explica en razón de la impronta personal sobre la obra, cuyo vínculo no desaparece con el ejercicio de los derechos patrimoniales, entendiéndose así, la primacía del carácter moral. En ese sentido, su naturaleza jurídica debe explicarse por el aspecto fundamental del espacio de creatividad e ingenio perteneciente a cada persona que indefectiblemente responde al carácter de su personalidad.

### Referencias

- Acostay Lara, F. (1890). *Filosofía del derecho*. Vásquez Corres, Dornaleche y Reyes. *Google books*. <https://books.google.com.pe/books?id=ahoZAAAAYAAJ&printsec>
- Ahrens, H. (1873). *Curso de derecho natural o de filosofía del derecho* (3.ª ed.) (Trads. P. Rodríguez Hortelano, & R. De Asensi). Bailly Bailliere. *Archive.org*. <https://archive.org/details/BRes091464>

- Baylos, H. (1978). *Tratado de derecho industrial*. Editorial Civitas.
- Chatain, M. (1880). *De la Propriété littéraire* (A. Cotillon, Ed.). *BNF Gallica*. <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k55006891/f2.item.r>
- Constitución Política del Perú. (1993). <http://www.pcm.gob.pe/wp-content/uploads/2013/09/Constitucion-Pol%C3%ADtica-del-Peru-1993.pdf>
- De Ansorena, L. (1894). *Tratado de la propiedad intelectual en España*. Sáenz de Jubera Hermanos. *Archive.org*. <https://archive.org/details/tratadodelaprop00jubegoog/>
- De Azcárate, G. (1880). *Ensayo sobre la historia del derecho de propiedad y su estado actual en Europa* (Vol. II). Imprenta de la Revista de Legislación. *Archive.org*. <https://archive.org/details/ensayosobrelahi00goog/mode/2up>
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. (1948). Organización de los Estados Americanos. <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>
- Declaración Universal de Derechos Humanos. (1948). Organización de la Naciones Unidas. <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>
- Declaración y Programa de Acción de Viena. (1993). Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. [https://www.ohchr.org/documents/events/ohchr20/vdpa\\_booklet\\_spanish.pdf](https://www.ohchr.org/documents/events/ohchr20/vdpa_booklet_spanish.pdf)
- Decreto Legislativo N. 882 Ley sobre Derechos de Autor. Presidencia del Consejo de Ministros. <https://www.indecopi.gob.pe/documents/20787/0/DL+822.pdf/f1ed8416-7438-1ff9-eab6-81fa4dcb7505#:~:text=%2D%20Las%20disposiciones%20de%20la%20presente,la%20salvaguardia%20del%20acervo%20cultural.>
- Fernandez, C. (1880). *Novísimo Tratado Histórico Filosófico del Derecho Civil Español, Tomo II* (2.ª ed.) (L. López, Ed.). *Archive.org*. <https://archive.org/details/BRes044722>
- Gierke, O. (1895). *Deutsches Privatrecht*. Verlag von Duncker & Humblot. *Digitale Bibliothek Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte*. <http://dlib-pr.mpiet.mpg.de/m/kleioc/0010/exec/books/%22143555%22>
- Green, M. (2000). El proceso de elaboración del apartado c) del párrafo 1 del artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. E/C.12/2000/15. *UN Treaty Body Database*. [https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2f2000%2f15&Lang=en](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2f2000%2f15&Lang=en)

- Huard, G. (1903). *Traité de la propriété intellectuelle. Propriété littéraire et artistique*. Marchal et Billard. *BNF Gallica*. <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5459737k>
- Jessen, H. (1970). *Derechos Intelectuales*. Jurídica de Chile. <https://books.google.com.pe/books?id=1yytK7CLqskC&printsec>
- Jewell, C. (2014). En defensa del derecho de autor: visión de los interesados. *Revista de la OMPI*, (2), 14-15. [https://www.wipo.int/export/sites/www/wipo\\_magazine/es/pdf/2014/wipo\\_pub\\_121\\_2014\\_02.pdf](https://www.wipo.int/export/sites/www/wipo_magazine/es/pdf/2014/wipo_pub_121_2014_02.pdf)
- Kant, I. (1785). Von der Unrechtmaessigkeit des Buechernachdrucks. *Berlinische Monatsschrift*, (05). *Münchener DigitalisierungsZentrum. Digitale Bibliothek*. <https://reader.digitale-sammlungen.de/resolve/display/bsb10926844.html>
- Kant, I. (1873). *Principios metafísicos del derecho*. (Trad.G. Lizarraga) Librería de Victoriano Suárez. *Archive.org*. <https://archive.org/details/BResFIL012>
- Kant, I. (1979). *Kant's gesammelte Schriften*. *Archive.org*. [https://archive.org/details/kantsgesammeltes0027kant\\_s1s1](https://archive.org/details/kantsgesammeltes0027kant_s1s1)
- Kéréver, A. (1998). El derecho de autor como derecho humano. *Boletín de derecho de autor*, 33(3), 18-24. *Biblioteca Digital UNESDOC*. [https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000114683\\_spa?posInSet=16&queryId=3629b537-5296-44f7-9bc5-fa0f12f743d7](https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000114683_spa?posInSet=16&queryId=3629b537-5296-44f7-9bc5-fa0f12f743d7)
- Kohler, J. (1907). *Urheberrecht an Schriftwerken und Verlagsrecht*. Ferdinand Enke. *Archive.org*. <https://archive.org/details/UrheberrechtAnSchriftwerkenUndVerlag>
- Lipszyc, D. (2017). *Derecho de autor y derechos conexos*. CERLALC.
- López Quiroga, J. (1918). *La propiedad intelectual en España: Estudio teórico y práctico de la ley y reglamento vigentes*. Librería General de Victoriano Suárez. *Archive.org*. <https://archive.org/details/lapropiedadinte00quirgoog>
- Observación General número 17 (2005). [https://conf-dts1.unog.ch/1%20spa/tradutek/derechos\\_hum\\_base/cescr/00\\_1\\_obs\\_grales\\_cte%20dchos%20ec%20soc%20cult.html](https://conf-dts1.unog.ch/1%20spa/tradutek/derechos_hum_base/cescr/00_1_obs_grales_cte%20dchos%20ec%20soc%20cult.html)
- Picard, E. (1921). *Les constantes du droit: institutes juridiques modernes*. (E. Flammarion, Ed.). *BNF Gallica*. <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k815278.r>
- Picard, E. (1928). *Le droit pur*. (Ed. E. Flammarion). *BNF Gallica*. <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5463111p.r>
- Renouard, A. (1838). *Traité des droits d'auteur, dans la littérature, les sciences et les beaux-arts*. Chez Jules Renouard. *BNF Gallica*. <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5739469p>

Sentencia C-334/93. (1993, 12 de agosto). Corte Constitucional de Colombia (Martínez Caballeero, A.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/c-334-93.htm>

Sentencia recaída en el Expediente N. 0044-2004-AI/TC. (2005, 18 de mayo). Tribunal Constitucional. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00044-2004-AI.pdf>

Sentencia C-069/19. (2019, 20 de febrero). Corte Constitucional de Colombia (Guerrero Pérez, L. G.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/C-069-19.htm>

Resolución N. 457-2019/TPI-INDECOPI. (2019). Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. <https://wipolex.wipo.int/es/judgments/details/229>

Resolución N. 0286-1998/TPI-INDECOPI. (1998). Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. <https://repositorio.indecopi.gob.pe/handle/11724/4505>

# EL CONTROL EX POST DE OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN. ANÁLISIS LEGAL, VENTAJAS Y CONDICIONES PARA SU IMPLEMENTACIÓN

*Dario Morales Herrera\**

*Instituto de Competencia y Regulación*  
dario.morales@unmsm.edu.pe

*Fernando Ballon Estacio\*\**

*Instituto de Competencia y Regulación*  
fernando.ballon@unmsm.edu.pe

**Resumen:** El control de operaciones de concentración por parte de las autoridades de competencia es una herramienta ampliamente aceptada en el Derecho de la Competencia. Al respecto, los autores analizan la posibilidad de que, bajo el Decreto Legislativo 1034, se puedan perseguir este tipo de conductas. Asimismo, exponen algunas consideraciones con relación a la implementación del control de oficio en la norma de control de operaciones económicas.

**Palabras clave:** Abuso de posición de dominio, control de concentraciones, Derecho de la Competencia.

## EX POST CONTROL OF CONCENTRATION OPERATIONS. LEGAL ANALYSIS, ADVANTAGES AND CONDITIONS FOR ITS IMPLEMENTATION

**Abstract:** Control of concentration operations by competition authorities is a widely accepted tool in Competition Law. In this regard, the authors analyze the possibility that, under Legislative Decree 1034, this type of conduct may be prosecuted. Likewise, they

---

\* Miembro fundador del Instituto de Competencia y Regulación – ICR. Es egresado de la Maestría en Derecho de la Empresa de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Actualmente cursa la Maestría en Filosofía con mención en Ética y Políticas Públicas de la Universidad Antonio Ruiz de Montoya. Asociado en Diez Canseco Abogados.

\*\* Miembro fundador del Instituto de Competencia y Regulación – ICR. Asesor Legal en Estudio Muñiz y Oficial de Cumplimiento. Diplomado en Derecho y Política de la Competencia por la Universidad de Chile y egresado de la Maestría en Derecho de la Empresa de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

present some considerations in relation to the implementation of ex officio control in the regulation of control of economic operations.

**Keywords:** Abuse of Dominance, Prior Control, Competition Law.

## 1. Introducción

Si bien existen desafíos relacionados con el diseño institucional de la autoridad nacional de competencia, es decir, el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual (en adelante, Indecopi), en cuanto a su independencia, imparcialidad, cumplimiento de plazos, entre otros (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, 2018), el Derecho y Política de Libre Competencia en el Perú ha tenido un desarrollo destacable en los últimos años. Esto fue posible a través de la aprobación de lineamientos, modificaciones legislativas y la reciente promulgación en el año 2019 del Decreto de Urgencia 013-2019, Decreto de Urgencia que establece el control previo de operaciones de concentración empresarial (en adelante, DU 13-2019), que ha de entrar en vigencia en marzo del año 2021.

El DU 13-2019 establece la obligación de solicitar autorización para la realización de aquellas operaciones de concentración empresarial que superen determinados umbrales medidos en función al valor de los ingresos o ventas brutas de las empresas que deseen concentrarse, pues se asume que estas podrían causar una restricción significativa a la competencia en los mercados que correspondan. Sin embargo, ¿qué ocurriría con aquellas operaciones que, a pesar de no superar el umbral, pueden causar un impacto relevante en los niveles de concentración?

En este artículo se analizará la política de control *ex post* de operaciones de concentración empresarial como herramienta con la que cuentan autoridades de competencia en distintas partes del mundo para hacer frente a este problema y las ventajas y desventajas de su aplicación (apartado 3). En esa línea, evaluaremos si en la legislación peruana se ha previsto esta herramienta a partir de los alcances de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas (en adelante, la LRCA) y su desarrollo jurisprudencial (apartado 4). Con ello, desarrollaremos algunas de las condiciones que se hacen necesarias para que esta política pueda funcionar de manera óptima (apartado 5).

Para abordar estas cuestiones, es necesario partir de un marco teórico y conceptual que nos permita entender cómo el DU 13-2019 y su enfoque preventivo complementan el sistema represivo y correctivo que representa la LRCA. Como veremos en el apartado 2,

ambos persiguen los mismos fines (promover la eficiencia económica), pero a través de herramientas diferentes.

## 2. Eficiencia y operaciones de concentración empresarial

Existe una identidad teleológica entre la LRCA y el DU 13-2019, ya que ambos establecen en su primer artículo que su finalidad es promover la eficiencia económica para el bienestar de los consumidores<sup>1</sup>. Por el lado de la LRCA, mediante la sanción y corrección *ex post* de las conductas anticompetitivas, mientras que por el lado del DU 13-2019, a través del control preventivo de las operaciones de concentración empresarial.

La eficiencia económica hace referencia a aquel nivel de producción y precios que, en un mercado determinado, maximiza los beneficios (o excedentes) obtenidos por los productores y los consumidores, dadas unas determinadas condiciones de oferta y demanda. Dicho punto máximo se logra cuando el mercado corresponde a una estructura de competencia en el que el precio es igual al costo marginal de producción. Este es el concepto de eficiencia asignativa, que se alcanza “cuando los consumidores pueden obtener las cantidades de bienes que requieren al precio que están dispuestos a pagar cubriendo el costo de producción” (pp. 39-40), el cual se complementa con los conceptos de eficiencia productiva y eficiencia dinámica (Quintana Sánchez, 2011).

Al respecto, el modelo de duopolio de Cournot puede ser útil para entender la complementariedad entre las políticas de control de conductas y control de concentraciones y sus repercusiones en los niveles de eficiencia en los mercados.

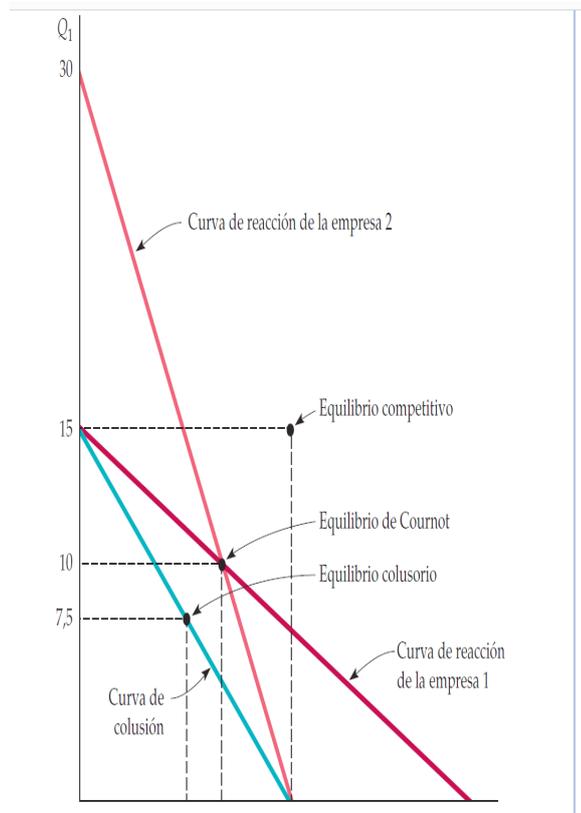
---

<sup>1</sup> LRCA  
Artículo 1.- Finalidad de la presente  
Ley La presente Ley prohíbe y sanciona las conductas anticompetitivas con la finalidad de promover la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores.

DU 13-2019  
Artículo 1.- Objeto  
El presente decreto de urgencia tiene por objeto establecer un régimen de control previo de operaciones de concentración empresarial con la finalidad de promover la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores.

Figura 1

*Modelo de duopolio de Cournot*



De *Microeconomía* (p. 520), por Pindyck & Rubinfeld, 2009. Pearson.

En un mercado de estructura oligopólica, las empresas son interdependientes entre sí, lo que las lleva a adoptar una estrategia comercial en función a la estrategia que adoptan sus competidores. En un duopolio de Cournot se describe el comportamiento de las dos únicas empresas en un mercado hipotético que compiten entre sí en función a las cantidades de producción que fijan, de modo que la decisión de cada una de estas dependerá de la cantidad producida por su competidora hasta el punto en el que logre maximizar su utilidad. Esto es, cuando su ingreso marginal iguala su costo marginal.

Como puede verse en el gráfico, en mercados con esta estructura, las empresas alcanzarán un equilibrio en el que ambas puedan fijar aquella cantidad que permita maximizar sus utilidades considerando la estrategia de su competidora y en función a sus curvas de reacción, que indican la cantidad óptima a fijar ante cualquier posible cantidad determinada por su competidor. No obstante, si las empresas cooperasen, podrían alcanzar una mayor utilidad, reduciendo conjuntamente sus cantidades producidas. Así, tanto en el equilibrio no cooperativo de Cournot como en un escenario de colusión producto de la

cooperación, las cantidades son mucho menores que aquellas que corresponderían a un equilibrio competitivo en el que el mercado alcanza su máximo nivel de eficiencia.

Una política de control de conductas tiene como finalidad promover la eficiencia, en la medida que conduce del equilibrio de colusión al equilibrio de Cournot, mientras que una política de control preventivo de estructuras evita que el equilibrio del mercado se distancie del equilibrio competitivo o nivel máximo de eficiencia.

Las conductas anticompetitivas en general, incluyendo los actos de concentración, pueden tener por efecto reducir el nivel de eficiencia de un mercado, por lo que, al menos si nos limitamos al análisis teleológico de la LRCA, no habría impedimento para que estos comportamientos también puedan ser revisados *ex post* por la autoridad.

Sin perjuicio de lo señalado, debe tenerse en cuenta que el análisis puramente estructural no es suficiente para determinar si una operación de concentración es perjudicial, si bien las condiciones estructurales juegan un rol importante. Como reseña Kwoka (2015), la evolución del entendimiento sobre el impacto de las operaciones de concentración se ha reflejado en los cambios a los Lineamientos de Concentraciones Horizontales de los Estados Unidos, partiendo de un enfoque de corte estructuralista en 1968. Luego se reflejó dicho enfoque con herramientas de medición de la variación en los niveles de concentración (como por ejemplo con el IHH) y tests como el del monopolista hipotético en 1982. Pasó después a prever argumentos de eficiencia planteados por las partes en 1984 y a establecer condiciones para aceptarlos en 1997, hasta establecer una teoría más completa del daño en 1992, y una mayor preocupación por la disponibilidad y uso de la evidencia y herramientas más sofisticadas de medición de impacto como el *Upward Pricing Pressure* en 2010.

Con todo, no pueden condenarse anticipadamente las operaciones de concentración y menos cuando la evidencia es escasa, requiriendo de un balance detenido entre las ganancias de eficiencia y las restricciones a la competencia que pueden producir. En efecto, “Mergers, unlike Price-fixing cartels, involve the integration of combined operations. This difference explains the fact that price fixing is a per se offense while mergers are considered under the rule of reason” (Viscusi, Vernon & Harrington Jr., 2000, p. 203).

Por esa razón, es importante que la legislación o la jurisprudencia prevean un estándar de prueba,

...since establishing the balance of anti-competitive and pro-competitive effects involves a prediction of the impact of a merger on future market conditions, agencies need to rely on a decisional threshold, i.e., a tipping point beyond which

sufficient harm to competition is reasonably expected, and which distinguishes mergers that should be prohibited (absent remedies) from those that should be allowed. This is the standard of proof for agency decisions. (OECD, 2016, p. 5)

Sobre estas premisas es que se han diseñado los sistemas de análisis de las operaciones de concentración, que tradicionalmente han tenido un carácter preventivo o *ex ante*, como el establecido por el DU 13-2019. Dicha norma regula un procedimiento con, entre otras, las siguientes características:

- Umbrales de notificación obligatoria: se fijan umbrales de ventas o ingresos brutos conjuntos de 118 000 UIT y un umbral individual de ventas o ingresos brutos de 18 000 UIT. En ese sentido, solo los actos de concentración que superen esa valla deben ser notificados al Indecopi para su aprobación (artículo 6).
- “Vía rápida”: en los primeros 30 días desde iniciado el procedimiento se determinará si la operación genera preocupaciones por sus impactos en la competencia, con base en la información disponible. De no ser así, la operación se aprobará inmediatamente. En caso contrario, pasará a una segunda etapa de análisis (artículo 21).
- Eficiencias: ya en la segunda etapa, si la autoridad determina que la operación puede causar una restricción significativa de la competencia, podrá autorizarla si las partes logran probar que esta generará también ganancias de eficiencia que compensen tales efectos restrictivos (artículo 7).

Estos elementos funcionan como filtros para impedir que aquellas operaciones de concentración que probablemente no vayan a generar un impacto negativo significativo para la competencia no sean siquiera analizadas, ya sea por el tamaño de las empresas (umbrales) y la evidencia disponible (vía rápida), ni prohibidas (compensación por eficiencias), si bien no se define con claridad un estándar de prueba<sup>2</sup>. Esto responde a la idea, generalmente aceptada, de que el Derecho de la Competencia tiene por función administrar y reducir costos de error (falsos positivos y falsos negativos) y costos de administración, buscando la consecución de sus objetivos al menor costo posible (Easterbrook, 1984).

---

<sup>2</sup> Sobre reglas y estándares en el análisis de operaciones de concentración, véase Ibáñez Colomo (2020).

Los costos de error, no obstante, no pueden eliminarse. A pesar de no superar estos umbrales objetivos fijados por el DU 13-2019, es posible que empresas con significativas cuotas de mercado se concentren. Asimismo, si bien las limitaciones de la información disponible no permiten apreciar en un determinado momento los posibles efectos negativos de una operación aprobada por la vía rápida, es posible que estos se materialicen con el paso del tiempo.

Estas operaciones remanentes con efectos anticompetitivos no podrían ser prevenidas por el DU 13-2019 ni corregidas por la LRCA (al menos como esta suele ser entendida). Ante esto, procederemos a analizar una de las herramientas con las que cuentan otras autoridades de competencia para afrontar este problema: el control *ex post* de concentraciones.

### 3. El control *ex post* de operaciones de concentración

En otras jurisdicciones, a diferencia del Perú, las autoridades de competencia reconocen un sistema de control *ex post* de operaciones de concentración, a fin de complementar el régimen de control *ex ante* o sustituirlo, en caso de que no cuenten con uno.

#### 3.1. Experiencia comparada

Entre las experiencias en otras jurisdicciones que podemos encontrar, tenemos las siguientes:

- **Reino Unido**

En el Reino Unido no existe un régimen de control *ex ante* de concentraciones obligatorio, por lo que su autoridad de competencia (Competition and Markets Authority - CMA) se ha visto en la necesidad de utilizar el control de conductas para implementar un control *ex post* de concentraciones.

A fin de ordenar este tipo de control, se ha establecido un régimen voluntario de control *ex ante* para concentraciones de gran magnitud. Asimismo, y con el objetivo de reducir la incertidumbre jurídica, la CMA solo puede realizar la primera fase del control *ex post* en un plazo de cuatro meses, el que inicia desde el momento en el que la autoridad haya podido tener conocimiento de la operación.

A través de este control *ex post*, la CMA tiene la facultad de imponer medidas correctivas estructurales o de actuar imponiendo medidas preventivas,

lo cual puede permitir que se evite la culminación del acto de concentración en tanto se llevan a cabo las investigaciones por parte de la autoridad.

- **Bélgica**

A diferencia del Reino Unido, Bélgica es un país que cuenta con un régimen de control *ex ante* de concentraciones de obligatorio cumplimiento. Sin embargo, la autoridad de competencia belga (Belgian Competition Authority - BCA) también cuenta con facultades para ejercer un control *ex post* sobre aquellas operaciones que no se encuentran sujetas al control *ex ante*, utilizando para esto las facultades que le brinda la ley para realizar el control de conductas.

Es preciso señalar que, en el caso belga, estas facultades se basan en normas que tipifican el abuso de posición de dominio, las cuales se encuentran en el artículo IV.2 del Código Belga de Derecho Económico, en concordancia con la experiencia europea que surge del caso C-6/72 (Europemballage Corporation y Continental Can Company Inc contra la Comisión).

Como señala Johnckheere (2018), este ejercicio de autoridad por parte de la BCA no ha significado que el régimen belga haya caído en la incertidumbre, en tanto que se ha buscado darle un marco que permita un ejercicio estable y predecible del control de concentraciones.

Así, en primer lugar, se excluye de este control *ex post* a aquellas operaciones que han tenido que atravesar un control *ex ante*; en el caso de las operaciones que sí se encuentran sujetas a control *ex post*, se estableció el criterio de que todas las concentraciones se presumen legítimas, salvo la BCA demuestre lo contrario y que el análisis a aplicar debe ser el mismo que se utiliza en el control *ex ante* de concentraciones.

Por último, jurisprudencialmente se determinó que la BCA tiene la facultad de imponer medidas preventivas en aquellos escenarios en los que *prima facie* se evidencia una posible restricción de la competencia.

- **Luxemburgo**

De forma similar a lo que sucede en el Reino Unido, en Luxemburgo no se tiene un régimen de control de concentraciones explícito, sino que se cuenta con normativa que prevé el control de conductas. Sin embargo, a través de la

Decisión 2016-FO-04, el Consejo de Competencia (autoridad de competencia de Luxemburgo) estableció un régimen de control *ex post* de concentraciones desde la perspectiva del abuso de posición de dominio, de forma similar al caso belga, sin negar la posibilidad de que se aplique el mismo criterio en caso de acuerdos (Gloden & Veranneman, 2017).

A diferencia de Bélgica y Reino Unido, en Luxemburgo no se prevé que la autoridad pueda tomar medidas preventivas, tratándose de un control que debe realizarse de forma exclusiva luego de la operación de concentración.

- **Chile**

En Chile, hasta el 1 de junio 2017, no existió un régimen obligatorio de control *ex ante* obligatorio, por lo que las autoridades utilizaron el control voluntario, pudiendo revisar con posterioridad a su realización aquellas operaciones de concentración que representen riesgos para la competencia.

Sin embargo, y a diferencia de Reino Unido, nunca se terminó por implementar verdaderamente un control *ex post* en tanto que se prefirió reforzar un sistema de control *ex ante* voluntario, pues se consideraba que este era preferible al *ex post*, ya que este último generaba gran incertidumbre jurídica (González & Huneus, 2015).

Así, la falta de certidumbre jurídica caracterizó al modelo chileno, pues si bien no era posible someter a autorización previa una concentración, las autoridades chilenas todavía podían imponer medidas ante una concentración consumada, sin llegar a deshacer la operación. Ante esto, la OCDE (2014) señaló en una investigación que el régimen chileno carece de transparencia, seguridad jurídica y predictibilidad. Es por este motivo que, en dicho país, a partir de mediados de 2017 se implementó un control *ex ante* de concentraciones de carácter obligatorio.

Ahora bien, de acuerdo con el Decreto Ley 211, ley de competencia chilena, existe la posibilidad de que la Fiscalía Nacional Económica intervenga luego de consumada una operación de concentración, cuando esta no supere los umbrales, hasta dentro del plazo de un año. En recientes declaraciones, el fiscal nacional económico de dicho país, Ricardo Riesco, indicó que: “Estamos pensando en revisar si corresponde adecuar los umbrales actualmente, pero también con claridad que no lo estamos haciendo a raíz de las ‘Killer Acquisitions’, porque

para eso tenemos la herramienta del artículo 48 inciso 9° del DL 211. *Chile tiene una verdadera joya de legislación, en el sentido de que sin perjuicio de que existan umbrales, tiene un año para perseguir aquellas operaciones de concentración que no han ingresado al sistema, porque no cumplían los umbrales*” (Chung, 2020, párr. 16; el énfasis es nuestro).

Dicho artículo establece que “cuando las operaciones de concentración a que se refiere el inciso anterior no le sean notificadas voluntariamente al Fiscal Nacional Económico, éste podrá, dentro del plazo de un año, contado desde el perfeccionamiento de la operación, instruir las investigaciones que estime procedentes de conformidad con la letra a) del artículo 39”, el cual está referido a las investigaciones por infracciones a dicha ley. En ese sentido, si las operaciones de concentración califican como una infracción bajo los alcances del Decreto Legislativo 211, podrían ser intervenidas de oficio hasta dentro del plazo de un año.

- **Estados Unidos**

Estados Unidos posee un sistema mixto, en donde existe un régimen de control *ex ante* obligatorio para aquellas operaciones que se encuentren bajo los alcances de la Hart-Scott-Rodino Act, mientras que las operaciones que se encuentren excluidas de los alcances de dicha norma se encuentran sujetas al control de conductas, al poder configurar acuerdos monopolizadores o que restrinjan el comercio. En el caso de Estados Unidos, la Sherman Act distingue entre la monopolización y el intento de monopolización como ofensas o infracciones distintas, requiriendo solo la primera como precondition la existencia de posición de dominio (Hovenkamp, 2008).

Esta situación ha generado un ecosistema complejo, en el que conviven investigaciones que se pueden dar tanto a nivel federal como estatal, producto de las características del sistema estadounidense, ante lo cual han surgido propuestas como la SMARTER Act que buscan armonizar las funciones de las distintas autoridades como la FTC o el Departamento de Justicia (Dunlop & Speiser, 2020).

- **Francia**

Si bien Francia es un país que cuenta únicamente con un sistema de control *ex ante* obligatorio, viene evaluando con gran interés la implementación de un control *ex post* que complemente su sistema. Para ello, la autoridad de competencia francesa ha solicitado la opinión de, entre otras instituciones, la American Bar Association (2018) a través de un reporte.

Dicho reporte se restringió a analizar la viabilidad del control *ex post* para aquellas operaciones que no se encuentran sujetas a control *ex ante*, reconociéndole al primero un rol residual que puede servir para ayudar a que la autoridad de competencia pueda implementar acciones en transacciones que no han sido evaluadas pero que representan un gran riesgo para la competencia.

Asimismo, el reporte recomendó que, de implementarse el control *ex post*, este solo pueda ejercerse dentro de un plazo de un año de realizada la operación de concentración, en tanto que mientras mayor sea el plazo, será más difícil implementar medidas correctivas, a lo que se suma un gran incremento en la inseguridad jurídica.

De igual forma, se recomendó que se permita que las empresas que vayan a realizar operaciones que puedan estar sujetas a control *ex post*, puedan realizar consultas voluntarias a la autoridad, a fin de encontrar cierta seguridad en la realización de la transacción.

Partiendo de estos antecedentes que se encuentran en diversas jurisdicciones, se observa que, si bien se reconoce la utilidad que puede tener un sistema de control *ex post* de operaciones de concentración, se hace necesario que este tenga ciertos límites para un funcionamiento óptimo. En caso contrario, se generaría un entorno de inseguridad o incertidumbre jurídica para los agentes económicos.

Asimismo, se evidencia que en aquellos casos en los que coexisten el control *ex post* junto a un control *ex ante* obligatorio, resulta necesario tener disposiciones que eviten dudas sobre en qué casos cada uno resulta aplicable, recomendándose que el control *ex post* tenga un papel subsidiario con el fin de analizar aquellas concentraciones que hayan escapado de los umbrales o excepciones del control *ex ante*.

### 3.2. Ventajas y desventajas

Frente a tantas jurisdicciones que de diversas formas vienen implementando un control *ex post* de concentraciones, resulta necesario que nos preguntemos sobre la utilidad de este tipo de control y si es que realmente sirve a los fines del Derecho de la Competencia. Esta pregunta es de relevancia en tanto que se puede alegar que cualquier posible utilidad del control *ex post* de concentraciones podría tornarse en irrelevante con la implementación de un control *ex ante* obligatorio.

A esto se puede responder, en palabras de Bullard (2019), señalando que “todos quisiéramos poder adivinar el futuro. Pero querer no es poder” (párr. 1). Y es que el control *ex ante* es, en esencia, la búsqueda de predecir cómo es que se desenvolverá un sistema caótico como lo es cualquier mercado como consecuencia de una operación de concentración.

Una característica de los sistemas caóticos es que cualquier modificación en las condiciones iniciales puede llevar a resultados abismalmente diferentes, bajo el llamado efecto mariposa (Math Vault, 2015). Esto lleva a que “any small extensión of the range of prediction requires an exponential improvement in the accuracy of the data” (Kaczynski, 2020, p. 14); en otras palabras, para poder producir una predicción en un sistema caótico resulta necesario contar con gran cantidad de datos e información precisos.

¿Cómo puede entonces una autoridad de competencia realizar un adecuado control *ex ante*? La autoridad se encuentra con grandes dificultades al momento de realizar este tipo de control, siendo el primero de estos el contar con la información suficiente para arribar a una decisión adecuada e imponer las medidas correspondientes de ser el caso.

Pese al desarrollo que pueda adquirir una autoridad de competencia con respecto a conseguir fuentes confiables y objetivas de información, a través de la mejora de la inteligencia económica de la organización o contratando para este fin a terceros especializados, la información brindada por las empresas participantes de la operación de concentración sigue siendo el principal insumo (Gotlieb & Van Gerven, 2015). Esto coloca a la autoridad en una situación en la que su principal fuente de información es parcializada.

Teniendo en consideración esta dependencia de información proveniente de las empresas que buscan la concentración, se puede tomar en consideración la investigación realizada por Dertwinkel-Kalt y Wey (2016) a fin de encontrar los incentivos de estas empresas a brindar dicha información. Dichos autores encontraron que en aquellos

sistemas en los que, como el europeo, se fomentaba la propuesta de condiciones por parte de las empresas, similar al que establece el DU 13-2019, se termina por generar un contexto que desincentiva la entrega de más información y por ende se termina imponiendo medidas débiles. Esta falta de información desaparece en gran medida en un control *ex post*, en tanto que en este la autoridad tendrá información real de cómo la concentración ha impactado en la competencia, lo que permitiría la imposición de medidas adecuadas.

De forma adicional a esto, como ya habíamos señalado, otra de las ventajas que tiene la aplicación de un control *ex post* es que sirve para reducir los costos de error que genera el control *ex ante*. Esto se debe a que la aplicación de este último suele limitarse a aquellas operaciones que superen determinados umbrales, a pesar de que esto pase por alto operaciones que podrían involucrar a empresas con participaciones de mercado significativas. De este modo, con un sistema que se base únicamente en el control *ex ante* se tendría un punto ciego en el control de concentraciones. Es por este motivo que Tropeano (2020), luego de realizar un análisis a fin de identificar el sistema que genere un mayor beneficio al consumidor (*consumer surplus*), encontró que este se daba en aquellos casos en los que el control de concentraciones se veía en un sistema que cuente con un control *ex ante* complementado por un control *ex post*.

Como se observa, nuevamente el control *ex post* muestra características que lo hacen ver, en abstracto, como un mecanismo más eficaz que el control *ex ante*. Sin embargo, como contrapartida se tiene la inseguridad jurídica que el control *ex post* supondría para las operaciones de concentración, en tanto que estas se encontrarían frente a una suerte de espada de Damocles con el miedo de que súbitamente la autoridad les inicie una investigación luego de consumada la concentración. Esto tendría como efecto desincentivar o volver onerosas las operaciones de concentración en general por la inseguridad de que, una vez consumado el acuerdo, la autoridad de competencia pueda deshacer el mismo e imponer cuantiosas multas a las empresas que participaron de la concentración.

Así, producto de la ponderación entre efectividad y seguridad jurídica, la experiencia comparada muestra cómo muchos países han establecido un control *ex ante* para aquellas operaciones que superen un determinado umbral, designándole al control *ex post* un rol residual, y limitado temporalmente. Sobre todo, en aquellos casos en los que la evidencia empírica acredite que la concentración no ha generado las eficiencias esperadas y ha tenido un efecto negativo en la competencia,

Es por este motivo que, incluso en aquellas jurisdicciones en las que se cuente con un control *ex ante*, el control *ex post* aparece como la herramienta subsidiaria que le

permitirá a la autoridad de competencia perseguir aquellas operaciones de concentración que terminaron por tener un efecto nocivo en la competencia. De ahí que el control *ex post* se muestra como útil para alcanzar los fines del Derecho de la Competencia.

Finalmente, su éxito dependerá, como en toda política pública, de un diseño institucional y legal adecuado.

#### **4. ¿Es posible aplicar un control *ex post* de operaciones de concentración en el Perú?**

Ahora, si las operaciones de concentración, al igual que cualquier conducta, pueden tener efectos negativos y el control *ex post* es una política útil para afrontar este problema, no sería disfuncional al sistema peruano una interpretación de la LRCA o del DU 13-2019 que permita que el Indecopi revise, sancione o corrija estas acciones. Partiendo de esa premisa, y considerando que el DU 13-2019 se limita a las operaciones que superan los umbrales, analizaremos los alcances de la LRCA.

Esta ley tipifica como infracciones tres tipos de conductas anticompetitivas: abuso de posición de dominio (artículo 10), prácticas colusorias horizontales (artículo 11) y prácticas colusorias verticales (artículo 12), así como establece las consecuencias por tales inconductas: sanciones y medidas correctivas. En ningún caso puede establecerse una sanción o medida correctiva si no se ha determinado previamente, a través de un procedimiento administrativo, la existencia de una infracción.

##### **4.1. Abuso de posición de dominante**

En primer lugar, cabe preguntarse si las operaciones de concentración podrían calificar como un abuso de posición de dominio en el Perú, tal como sucede en otras jurisdicciones. Sin embargo, para arribar a esta conclusión hay que superar algunas dificultades que vienen desde la propia LRCA.

En primer lugar, la existencia previa de posición de dominio, en el sentido de que solo podría ser una operación de concentración en la que participe una empresa que ya es dominante la que pueda ser revisada de oficio a través de un control *ex post* por el Indecopi.

En segundo lugar, de la redacción del artículo 10.1 de la LRCA pareciera desprenderse la necesidad de una relación causal entre la posición de dominio y la conducta anticompetitiva, en el sentido de que, en ausencia de aquella, no sería posible

realizar esta<sup>3</sup>. Así, por ejemplo, los actos de competencia desleal como la denigración o el engaño pueden ser revisados también en sede de libre competencia en jurisdicciones como España<sup>4</sup> o Chile<sup>5</sup>, además de los ya mencionados supuestos de Estados Unidos o la Unión Europea para los casos de operaciones de concentración, a pesar de que en estos supuestos no es necesaria en abstracto la existencia de posición de dominio para llevar a cabo esas conductas.

Sin embargo, a propósito de la litigación predatoria, que es una modalidad de abuso de posición de dominio reconocida expresamente en la LRCA (art. 10.2, literal f), se ha señalado, con base en una interpretación de los antecedentes normativos de la LRCA y los objetivos de esta, que

...las conductas infractoras... no son tales porque únicamente un dominante puede realizarlas, sino porque la posición de dominio permite que un agente económico, al emprender tales conductas, pueda tener la capacidad de afectar de manera significativa las condiciones de competencia en el mercado, en beneficio propio y desmedro de los competidores. (2015)

Y es que, en efecto,

...no tendría sustento —y de hecho no lo tiene— señalar que un supuesto de abuso de posición de dominio deja de ser reprochable cuando la conducta en sí también puede ser realizada por agentes sin tal posición dominante. De ser

<sup>3</sup> Decreto Legislativo 1034 – Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas  
Artículo 10.- El abuso de la posición de dominio.- 10.1. Se considera que existe abuso cuando un agente económico que ostenta posición dominante en el mercado relevante utiliza esta posición para restringir de manera indebida la competencia, obteniendo beneficios y perjudicando a competidores reales o potenciales, directos o indirectos, *que no hubiera sido posible de no ostentar dicha posición* (el énfasis es nuestro).

<sup>4</sup> Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.  
Artículo 3. Falseamiento de la libre competencia por actos desleales.  
La Comisión Nacional de la Competencia o los órganos competentes de las Comunidades Autónomas conocerán en los términos que la presente Ley establece para las conductas prohibidas, de los actos de competencia desleal que por falsear la libre competencia afecten al interés público.

<sup>5</sup> Decreto Ley N° 211 que fija normas para la defensa de la libre competencia  
Artículo 3°.- El que ejecute o celebre, individual o colectivamente cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos, será sancionado con las medidas señaladas en el artículo 26 de la presente ley, sin perjuicio de las medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que respecto de dichos hechos, actos o convenciones puedan disponerse en cada caso.  
Se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia o que tienden a producir dichos efectos, los siguientes:

...  
c) Las prácticas predatorias, o de competencia desleal, realizadas con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante.

así, no podrían ser sancionadas ninguna de las conductas recogidas en la Ley de Libre Competencia: la negativa de trato, la discriminación exclusoria, las ataduras o cualquier otra forma de boicot. Porque para realizar dichas conductas anticompetitivas no se requiere de una posición de dominio. (Fernandez Flores, 2015)

En ese sentido, partiendo de los objetivos de la ley, considerando la experiencia de otras jurisdicciones y también que existen conductas reconocidas en la LRCA como el abuso de procesos legales que, en estricto, no requieren de la existencia de posición de dominio para considerarse como infracciones, es posible una interpretación de la LRCA en el sentido de que las operaciones de concentración cuando son realizadas por agentes económicos dominantes pueden calificar como infracciones por abuso de posición de dominio. Por supuesto, habría que acreditar que dicha operación ha sido realizada con el fin de perjudicar a competidores, que no apareja ninguna eficiencia socialmente relevante o que el impacto negativo en la competencia es de una magnitud tal que amerita una intervención, de conformidad con los artículos 9 y 10 de la LRCA.

Esta interpretación, no obstante, tiene una gran limitante, que radica principalmente en la ausencia de investigaciones y casos en la experiencia peruana contra operaciones de concentración, bajo el entendimiento de que no ha existido el control de estructuras en el Perú. No obstante, consideramos que el texto de la LRCA brinda suficiente margen como para que esta posición pueda discutirse ante las autoridades administrativas y judiciales, quienes definirán en un futuro esta posibilidad.

## **4.2. Prácticas colusorias horizontales y verticales**

Posteriormente, corresponde analizar si de la redacción de los artículos 11 y 12 de la LRCA se puede considerar a las operaciones de concentración como prácticas colusorias. En nuestra consideración, son posibles dos interpretaciones válidas sobre el concepto de prácticas colusorias. En primer lugar, a partir de la literalidad, como un actuar coordinado entre agentes económicos, el cual puede celebrarse mediante acuerdos, prácticas concertadas (definidas como un acuerdo tácito o de menor intensidad), recomendaciones y decisiones (las cuáles, en estricto, no consisten en un actuar coordinado). En segundo lugar, a partir de sus modalidades, como un acuerdo, práctica concertada, recomendación o decisión, lo que implicaría que no necesariamente estaríamos frente a un actuar coordinado (caso que se reservaría solo para las prácticas concertadas), sino también ante actos instantáneos que pueden o no resultar en una cooperación práctica (acuerdos, recomendaciones y decisiones).

La primera interpretación se construye a partir de la definición literal de sus términos. Así, se entiende por “práctica”<sup>6</sup> al ejercicio o realización de una actividad de forma continuada y por “colusión”<sup>7</sup> a aquel pacto ilícito en daño de terceros, lo que pone de relieve el criterio de pluralidad. Una práctica colusoria (horizontal o vertical) para los efectos de la LRCA, entonces, vendría a ser el pacto entre dos o más agentes económicos para realizar entre sí de forma continuada una actividad ilícita en daño de terceros. Por definición, estas se tratarían de infracciones continuadas<sup>8</sup>.

Dado que la infracción consiste en el desarrollo concertado de una actividad ilícita, la pluralidad de participantes es necesaria tanto al momento de celebrar el acuerdo, como es lógico, pero también al momento de ejecutarlo, pues de lo contrario no estaríamos frente a un actuar coordinado en el mercado al tratarse de un solo agente económico. Por ejemplo, una fusión entre dos competidores o la adquisición de la planta de producción competidora no calificarían como una práctica colusoria horizontal. Es cierto que al momento del pacto intervino más de un agente económico, pero ello no genera un actuar coordinado: la fusión consolida a los competidores en uno y la transferencia de propiedad de la planta no supone que las partes coordinen su comportamiento o estrategia competitiva (si bien podría cambiar).

A este actuar coordinado se llegaría a través de un “acuerdo” o de una “práctica concertada”. La jurisprudencia y la doctrina han intentado dar múltiples explicaciones sobre ambos conceptos, pero actualmente se entienden como un mismo fenómeno con intensidades distintas. En el caso seguido por la Comisión Europea contra Anic Partecipazioni SpA, se precisó que ambos conceptos “comprenden formas de colusión que tienen la misma naturaleza y solo pueden distinguirse entre sí por su intensidad y por las formas en que estos se manifiestan en la realidad” (Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 1999).

Los acuerdos, entonces, estarían referidos al concierto de voluntades expreso (formalizado o no) y las prácticas concertadas, más bien, a un entendimiento tácito, pero siendo lo relevante sustituir la independencia en el mercado por una cooperación práctica (Gorab & Greene, 2019).

Siguiendo la jurisprudencia europea, la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi, resolvió señalando que el elemento esencial de toda práctica

<sup>6</sup> De acuerdo con la novena acepción en el Diccionario de la Real Academia Española: “Uso continuado, costumbre o estilo de algo”. También entendido como: “Ejercicio o realización de una actividad de forma continuada y conforme a sus reglas” (s.f.). Véase también Lexico.com (s.f.).

<sup>7</sup> Según el Diccionario de la Real Academia Española: “Der. Pacto ilícito en daño de tercero” (s.f.).

<sup>8</sup> Véase el Expediente 011- 2015/CLC de la Resolución 157-2019/SDC-INDECOPI del 26 de agosto de 2019 (Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Tribunal del Indecopi, 2019).

colusoria horizontal es una conducta coordinada que puede tener diversas formas de materialización, siendo que “el punto más importante para determinar la participación de un agente en este tipo de conductas es acreditar, en base a las herramientas descritas previamente, que el agente imputado modificó su actuar independiente por un comportamiento de colaboración”. Para tales efectos, podrán valerse de todos los medios probatorios permitidos por ley para acreditar, directa o indirectamente, la práctica colusoria horizontal (Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi, 2018).

Ahora bien, también se incluyen entre las prácticas colusorias a las decisiones y recomendaciones. Estas conductas, en estricto, no responden a la definición de actuar coordinado, pudiendo incluso ser muchas veces unilaterales. Es cierto que están relacionadas con un actuar coordinado en tanto que al promoverlo podrían dar pie a su surgimiento, pero de ello no puede deducirse que sean en sí mismas la sustitución del actuar independiente por uno coordinado. De hecho, no son “prácticas” (pues son instantáneas) ni “colusorias” (al menos no en todos los casos), pero pueden afectar a la competencia.

La Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Tribunal del Indecopi señaló que estas conductas

...consisten en declaraciones o indicaciones destinadas a uniformizar el comportamiento de sus miembros, restringiendo la competencia entre ellos o frente a terceros, con los efectos negativos que de ello se derivan... [En concreto,] constituyen decisiones si tienen carácter vinculante, en virtud de las normas de la asociación o gremio involucrado, o recomendaciones si tienen únicamente carácter orientativo, pero poseen la capacidad para influir en el comportamiento de los agentes económicos a las que van dirigidas (2019).

Estas declaraciones, por su propia naturaleza, no son una actuación coordinada en el mercado. Son declaraciones instantáneas que quedan consumadas con el único acto (colegiado o no) de decidir o de recomendar. Por ello, el actuar coordinado que estos actos puedan generar puede ser perseguido de manera independiente: “Ahora bien, la responsabilidad de una asociación o gremio por las decisiones o recomendaciones que realice no enerva que se pueda atribuir responsabilidad a sus asociados o agremiados en la medida de que, adicionalmente a tales decisiones o recomendaciones, los miembros de estas entidades hayan realizado un acuerdo anticompetitivo. En efecto, para evitar que algún agente eluda su responsabilidad, estas conductas pueden ser analizadas como decisiones o recomendaciones de la asociación o gremio y/o como acuerdos entre sus

asociados o agremiados” (Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Tribunal del Indecopi, 2017).

En esta línea se ha señalado que “llama notoriamente la atención que INDECOPI también haya investigado y sancionado a personas naturales, en su condición de directivos de asociaciones o gremios de empresas, por prácticas de recomendación, sin abrir procedimiento ni condenar por la misma infracción a las agrupaciones de empresas a las que pertenecían esos directivos”. Por esa razón, “si sólo se acusa por recomendaciones a los directivos de los gremios o asociaciones de empresas, se pierde el ‘elemento esencial consistente en la conducta coordinada’ que debe encontrarse presente en toda práctica colusoria horizontal” (Quintana Sánchez, 2015).

En consecuencia, en la práctica han sido sancionados casos de prácticas colusorias que, como indicamos, no son “prácticas” (pues son instantáneas) ni “colusorias” (al menos no en todos los casos), pero que sí pueden afectar a la competencia.

En ese contexto, queda abierta la posibilidad de proponer otra interpretación de los artículos 11 y 12, ya no a partir de la literalidad de la frase “prácticas colusorias”, sino a partir de sus disímiles y variadas modalidades y sus respectivos conceptos, que podría permitir una cobertura más amplia de conductas anticompetitivas, en pro de la eficiencia económica en los mercados. Ello teniendo en cuenta que también existen acuerdos que no necesariamente implican un actuar coordinado, pero, aun así, son anticompetitivos, como veremos más adelante.

Así, los artículos 11 y 12 prohibirían acuerdos, recomendaciones, decisiones (que no necesariamente implican un actuar coordinado ni requieren de pluralidad) y prácticas concertadas (que sí lo hace) cuando estas tengan por objeto u efecto restringir la competencia en el mercado, permitiendo a los infractores obtener beneficios por razones distintas a una mayor eficiencia económica. Probablemente, hubiera sido más conveniente denominar a este grupo como conductas anticompetitivas de efectos horizontales o verticales, según corresponda, pues eso es lo que tienen en común y no el hecho de ser una práctica.

Nótese que esta interpretación parte de que las recomendaciones y decisiones no son “prácticas”, característica que comparten también con los acuerdos (no así la unilateralidad). De hecho, atendiendo a una definición básica de acuerdo como concierto de voluntades, es posible que también agentes económicos competidores celebren un acuerdo con un objeto o efecto anticompetitivo a pesar de que ello no implique coordinar su actuación en el mercado. Esa situación no se trataría de una infracción continuada, pues no se compone de un conjunto de actuaciones bajo el control de los infractores, sino de un solo acto acordado que elimina o restringe la competencia. En términos de

Derecho Administrativo Sancionador, se trataría de infracciones instantáneas con efectos permanentes.

Estos acuerdos serían los denominados actos u operaciones de concentración, los cuales son realizados por dos o más agentes económicos para eliminar la competencia entre sí, antes que para coordinar su actuar en el mercado. Como vimos en la sección 1, los actos de concentración y las conductas anticompetitivas en general están en la aptitud de reducir los niveles de eficiencia en los mercados en perjuicio de los consumidores. Los actos u operaciones de concentración más comunes son los siguientes:

- Una fusión de dos o más agentes económicos. En este acuerdo, dos o más agentes económicos eliminan la competencia entre sí, ya sea porque se consolidan en una nueva persona jurídica o porque una es absorbida por la otra. En el caso de las operaciones horizontales, la tensión competitiva entre ambos agentes desaparece, al igual que en un supuesto de cártel. El efecto puede ser el mismo a pesar de que ambas no compartan el objeto de coordinar la actuación en el mercado.
- La adquisición por parte de uno o más agentes económicos de derechos que le permitan ejercer el control sobre otros. Para que este supuesto implique un acuerdo entre agentes competidores, los derechos deben ser adquiridos del agente controlante. En caso contrario, no serían propiamente competidores.
- La constitución por dos o más agentes económicos independientes entre sí de una empresa en común, *joint venture* o cualquier otra modalidad que implique la adquisición de control conjunto sobre uno o varios agentes económicos, de tal forma que dicho agente económico desempeñe de forma permanente las funciones de una entidad económica autónoma.
- La adquisición por un agente económico del control directo o indirecto, por cualquier medio, de activos productivos operativos de otro u otros agentes económicos. Piénsese en el caso de la adquisición de la planta de producción del competidor, lo que tiene como consecuencia que este deje de participar en el mercado. Nuevamente, la competencia entre ambas desaparece, lo que podría impactar negativamente en los niveles de concentración y eficiencia económica.

Todos estos actos de concentración caen en la definición de acuerdo, pues al momento de celebrarse son dos o más agentes económicos. No obstante, ya que luego de su realización resulta en una unidad económica, no puede tratarse de un actuar o actividad coordinada en el mercado (o, literalmente, práctica colusoria). En ambos casos, sin embargo, el acuerdo puede tener un objeto o efecto anticompetitivo contrario a los fines de la LRCA.

En ese contexto, si las decisiones y recomendaciones pueden ser prohibidas a pesar de no ser “prácticas” ni “colusorias”, los acuerdos que no sean una “práctica” pero tengan un objeto o efecto anticompetitivo también deberían estar sujetos al control *ex post* de conductas regulado por LRCA, tal y como se hace en otros países. Así, pues, es posible una interpretación de la LRCA en este sentido.

Las operaciones de concentración tanto horizontales y verticales, al igual que las recomendaciones y las decisiones, no son prácticas colusorias en su sentido literal, pero todas son conductas o acciones que pueden tener por objeto o efecto restringir la competencia y reducir la eficiencia en un mercado. Esta interpretación es coherente con la finalidad de la LRCA, como señalamos en la sección 2, y no deja de lado a las que serían, en estricto, “prácticas colusorias”, pues los acuerdos también pueden tener por objeto coordinar la actuación en el mercado, al igual que, como es natural, las prácticas concertadas.

Quedará en manos de la jurisprudencia del Indecopi lograr una definición de “prácticas colusorias” que se construya sobre los elementos comunes que puedan existir entre los acuerdos, prácticas concertadas, recomendaciones y decisiones. Hasta ahora, no se han podido conciliar las diferencias entre dichas modalidades, por lo que el único elemento común es el objeto o efecto anticompetitivo que dichas conductas puedan tener o generar.

### **4.3. Reformas legislativas**

El 23 de octubre de 2020, el Congreso de la República aprobó el Proyecto de Ley que establece el Control Previo de Operaciones de Concentración Empresarial (en adelante, el Proyecto), el que sustituirá al DU 13-2019 en caso sea promulgado. Al respecto, el Proyecto introduce distintas modificaciones de gran relevancia al régimen de control de concentraciones en el Perú. Sin embargo, para efectos del presente artículo, el más relevante se encuentra en el numeral 6.4.:

La Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi podrá actuar de oficio en los casos que haya indicios razonables para

considerar que la operación de concentración puede generar posición de dominio o afecte la competencia efectiva en el mercado relevante.

La notificación de la operación será voluntaria para las partes cuando las empresas involucradas no alcancen los umbrales establecidos en el numeral 6.1.

La aplicación del presente numeral será regulada a través del Reglamento.

Se ha interpretado que este numeral amplía los alcances del control de concentraciones en el Perú, que en el DU 13-2019 se encontraba limitado a un régimen de notificaciones obligatorias únicamente para aquellas operaciones que superaban los umbrales de la norma, en tanto que permitiría que la autoridad investigue una operación que no ha superado los umbrales, las cuales estarían sujetas a un régimen de notificaciones voluntarias.

Sin embargo, el numeral 6.4. es particularmente escueto en tanto que lo único que dispone es que la autoridad se encuentra autorizada a “actuar de oficio” ante aquellas operaciones que afecten la competencia (superen o no el umbral), sin especificar qué acciones podría tomar. Por este motivo es que, en una primera lectura, las facultades otorgadas a la autoridad resultan vacías al no haberse determinado un régimen sancionador ni medidas que podrían imponerse a estas operaciones que, pese a no superar el umbral, terminan afectando la competencia.

Si bien el Proyecto señala que esta actuación de oficio será regulada por el Reglamento, este no podría crear sanciones o medidas correctivas en contra de las operaciones que no hayan superado los umbrales, dado que este tipo de operaciones no se encuentra sujeta a un régimen de notificaciones obligatorias por lo que no se les podría imponer una sanción o medida correctiva por no notificar ni mucho menos condicionar la operación de concentración a una autorización por parte del Indecopi. Ello entraría en abierta contradicción con el alcance del régimen obligatorio de notificaciones.

De este modo, este “actuar de oficio” que introduce el Proyecto no tendría utilidad práctica, pues no contaría con un elemento disuasorio dentro del texto de la norma. En esa línea, los agentes económicos no tendrían incentivos para notificar de manera voluntaria al no estar expuestos a ningún tipo de riesgo. Sin embargo, esta primera lectura resultaría errónea si se tiene en cuenta lo desarrollado en los párrafos anteriores, sobre los alcances de la LRCA, que permitirían la existencia del control *ex post* de concentraciones a través de procedimientos administrativos sancionadores.

Partiendo de esta interpretación, el “actuar de oficio” de la autoridad ante aquellas operaciones que, pese a no superar los umbrales, ocasionan daños anticompetitivos, debe enmarcarse dentro de las facultades que otorga la LRCA al Indecopi para combatir aquellas prácticas anticompetitivas. De este modo, una operación de concentración que no supera el umbral pero que genera una afectación a la competencia, si bien no podrá ser sancionada por la falta de notificación, puede ser evaluada como una práctica anticompetitiva al amparo de la LRCA. Como se sabe, esta última permite la imposición de multas y de medidas correctivas, por lo que se podría exigir incluso que se deshaga la operación de concentración.

Esta interpretación del numeral 6.4. también guarda coherencia con respecto a su segundo párrafo ya que, ante la posibilidad de que una operación de concentración pueda ser sancionada bajo la LRCA, se abre la posibilidad de que precautoriamente los interesados realicen una notificación voluntaria a fin de evitar intervenciones por parte de la autoridad una vez que se haya consumado la concentración.

En este sentido, la interpretación adecuada del numeral 6.4., a fin de que esta no sea una disposición carente de elementos disuasorios y que, por lo tanto, no pueda cumplir con su finalidad, es que constituye un reconocimiento del legislador de que una operación de concentración puede constituir una práctica anticompetitiva y por ende puede ser sancionada y/o corregida al amparo de la LRCA.

## **5. Condiciones para un sistema de control ex post**

Entonces, ¿cómo se debería implementar el control *ex post* de concentraciones en el Perú? Partiendo de lo señalado en el anterior apartado, es posible sostener que el Indecopi cuenta con las facultades para realizar un control *ex post* de concentraciones, por lo que parecería no ser necesaria la dación de una nueva norma con rango de ley.

Sin embargo, y aprendiendo las lecciones de la experiencia chilena antes reseñada, en donde la incertidumbre terminó por minar los aspectos positivos que un control *ex post* pudiese tener, es necesario que exista una regulación adicional, ya sea a través de un Decreto Supremo que reglamente la LRCA o mediante lineamientos o directivas internas del Indecopi que limiten su discrecionalidad, si es que no también la discusión y aprobación de una nueva Ley que pueda conciliar los alcances de la LRCA, el DU 13-2019 y el control *ex post* con total certidumbre.

Al respecto, sobre lo desarrollado previamente, consideramos que las condiciones para un adecuado control *ex post* son las siguientes:

- **Establecimiento del rol subsidiario del control ex post**

Teniendo en consideración que el DU 13-2019 establecerá por primera vez en el Perú un control *ex ante* de concentraciones general y de carácter obligatorio, a fin de resguardar la confianza legítima de las empresas que se vean sometidas a este control previo, el control *ex post* deberá ser aplicado únicamente a aquellas operaciones que no se encuentren sujetas a dicho Decreto de Urgencia.

Esto significa que este tipo de control se aplicará cuando no se llegue a los umbrales establecidos, así como a aquellos actos de concentración excluidos por el artículo 16.3. del Decreto de Urgencia (operaciones de concentración empresarial que incluyan empresas del sistema financiero que captan depósitos del público o empresas de seguros, que presentan riesgos relevantes e inminentes, que comprometan la solidez o estabilidad de las referidas empresas o de los sistemas que integran, las cuales serán evaluadas únicamente por la SBS).

En este último supuesto resulta aplicable el control *ex post* en tanto que ya habría sido superado el riesgo inminente que justifica la excepción. Sin embargo, esto no significa que el Indecopi pueda imponer medidas que puedan generar riesgos sistémicos en el sistema financiero.

- **Consultas con autoridades sectoriales**

A fin de evitar medidas que generen riesgo sistémico en el sistema financiero peruano, el Indecopi deberá solicitar informes tanto a la SMV como a la SBS en caso el control *ex post* se realice sobre empresas reguladas y supervisadas por estas.

De igual modo, y a fin de tener mayor conocimiento sobre los mercados y las mejores medidas a imponer, el Indecopi podrá solicitar a las autoridades sectoriales de aquellos mercados regulados la información que considere pertinente.

- **Límites temporales**

A fin de mitigar la inseguridad jurídica que puede generar la existencia de un control *ex post*, resulta necesario que se impongan límites a la facultad

para investigar y sancionar. Al respecto un límite razonable es el de 1 año desde la realización de la operación de concentración y, en aquellos casos en los que se trate de diversas operaciones de concentración en el mismo mercado, que este plazo se cuente a partir de la última de estas. Naturalmente, al tratarse de infracciones (bajo la interpretación de la LRCA que estamos describiendo), esta modificación debería hacerse por Ley, pues dicha norma ya establece un plazo de prescripción de la potestad sancionadora de cinco (05) años.

Este plazo no solo responde a la mitigación de la inseguridad jurídica, sino también al hecho de que, conforme pasa el tiempo, cada vez resulta más difícil imponer medidas que reparen el daño a la competencia causado.

- **Permitir notificaciones voluntarias**

A fin de brindar un puerto seguro a aquellas operaciones que no se encuentran sujetas al control establecido por el DU 13-2019, se debe brindar la posibilidad de que las empresas involucradas puedan realizar una notificación voluntaria bajo el régimen establecido por el Decreto de Urgencia.

Si bien dicho control voluntario no podría por sí mismo detener la operación de concentración, sí podría servir para que las empresas involucradas tengan mayor seguridad de la transacción a realizar en caso de dudas, permitiendo la generación de un entorno de negociación con el Indecopi a fin de poder implementar medidas que disminuyan la afectación a la competencia que la operación pudiese ocasionar.

- **Fijación de estándares elevados**

Ante la amplitud que podría tener el uso del control *ex post* de concentraciones, resulta necesario que se fijen estándares que establezcan que esta herramienta será utilizada únicamente en escenarios en los que el daño a la competencia sea elevado o que no se hayan generado las eficiencias que uno pudiese esperar producto de una concentración. Esto a fin de evitar que efectos producto de cualquier concentración (como el aumento del IHH o la reducción de competidores) sirvan como excusa para iniciar un procedimiento.

- **Cálculo de multa e imposición de medidas correctivas**

Debido a la gran diferencia que tendrían estos casos con los presentados en el tradicional control de conductas, resulta necesario que se establezca una metodología del cálculo de multas diferente para este tipo de casos.

Asimismo, considerando que, en principio, las operaciones de concentración son eficientes y legítimas, se debe tener un sistema que se enfoque más en la imposición de medidas correctivas que de las multas. En esa línea, se debe tener en cuenta que el deshacer la concentración debe ser una medida extrema y subsidiaria únicamente aplicable en aquellos casos en los que no hay otra solución posible y en los que el daño a la competencia sea notorio.

- **Limitar el actuar de oficio**

Finalmente, a fin de evitar la sobrecarga de la administración y reducir la inseguridad jurídica que el control *ex post* pueda generar, es recomendable que las investigaciones que se realicen sobre estas concentraciones solo puedan realizarse a partir de una denuncia de parte.

De este modo, en caso existan afectaciones a la competencia, asociaciones de consumidores, gremios empresariales y, en general, todo aquel que acredite un interés legítimo, pueda denunciar la operación cuando se haya visto o puedan verse afectados producto de la concentración.

Cabe resaltar que el fin principal de estas disposiciones debe ser el otorgar seguridad jurídica y establecer un marco a fin de controlar el actuar del Indecopi. Es por este motivo que resulta necesaria la emisión de nueva normativa en lugar de regular el uso de estas facultades únicamente a través de la jurisprudencia del Indecopi.

## **6. Conclusiones**

Las herramientas con las que cuenta el Derecho de la Competencia para perseguir sus fines son diversas. Sin embargo, todas estas se encuentran enlazadas teleológicamente al buscar conseguir una mayor eficiencia en el mercado. Es en búsqueda de este fin que autoridades de competencia a nivel del mundo han recurrido no solo al control de conductas, sino también al control de estructuras a través del control *ex ante* de concentraciones.

Empero, el control *ex ante*, si bien es una poderosa herramienta para garantizar que los mercados conserven una estructura que permita la competencia, presenta fallas y limitaciones, debido, entre otras causas, a que ninguna autoridad se encuentra en la capacidad de predecir el futuro.

En ese contexto, el control *ex post* surge como una herramienta que permite llenar estas carencias, a costa de sacrificar la seguridad jurídica de cualquier operación de concentración, motivo por el que su aplicación debe ser dada en un marco adecuado que permita realizar una ponderación adecuada entre la eficiencia del control *ex post* y la pérdida de seguridad jurídica que genera.

Ante esto, se observó que, si bien en el Perú es posible interpretar la LRCA en el sentido de que permite realizar un control *ex post* de operaciones de concentración (cuestión que deberá ser definida por la jurisprudencia), lo que permitiría complementar el control *ex ante* que entrará en vigencia por el DU 13-2019, es necesaria realizar algunas modificaciones normativas para una adecuada implementación de esta herramienta, en pro de la eficiencia económica en los mercados.

### Referencias

- American Bar Association. (2018). Comments of the American Bar Association's Sections of Antitrust Law and International Law Regarding the French Competition Authority's Consultation on Modernizing and Simplifying the French Merger Control Law. *Autorité de la concurrence*. [https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/aba\\_expost\\_sept18.pdf](https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/aba_expost_sept18.pdf)
- Bullard, A. (2019). La bola de cristal. *Perú21*. <https://peru21.pe/opinion/bola-cristal-473414-noticia>
- Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi. (2018). Expediente 005-2016/CLC. Resolución 104-2018/CLC-INDECOPI del 31 de diciembre de 2018. <https://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/getDoc?docID=workspace://SpacesStore/12a0914a-dcb5-43fb-99fa-ef13b08e895c>
- Chung, O. (2020). Los abusos empresariales, principalmente colusiones, causaron el estallido social. *Tecito*. <https://tecito.com/los-abusos-empresariales-principalmente-colusiones-causaron-el-estallido-social/>

- Decreto Legislativo 1034. (2008). Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas. 24 de junio de 2008. D.O. No. 10273. <https://elperuano.pe/NormasElperuano/2008/06/25/217892-3.html>
- Decreto Ley 211. (1973). Fija normas para la Defensa de la Libre Competencia. 22 de diciembre de 1973. D.O. No. 28584.
- Decreto de Urgencia 013 del 2019. Decreto de Urgencia que establece el control previo de operaciones de concentración empresarial. 18 de noviembre de 2019. D.O. No. 15159. Presidencia de la República. <https://busquedas.elperuano.pe/download/url/decreto-de-urgencia-que-establece-el-control-previo-de-operacion-decreto-de-urgencia-n-013-2019-1828320-1>
- Dertwinkel-Kalt, M. & Wey, C. (2016). Evidence Production in Merger Control: The Role of Remedies. Discussion Paper N. 217. *Düsseldorf Institute for Competition Economics*. <https://www.econstor.eu/bitstream/10419/130192/1/856580112.pdf>
- Dunlop, L. & Speiser, S. (2020). Merger control in the United States: overview. *Thomson Reuters Practical Law*.
- Easterbrook, F. (1984). The Limits of Antitrust. *Chicago Unbound*. [https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2152&context=journal\\_articles](https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2152&context=journal_articles)
- Fernández Flores, D. (2015). Litigación predatoria: ¿anticompetitiva o desleal? *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual*, (20), 11-56. <https://revistas.indecopi.gob.pe/index.php/rcpi/article/view/17>
- Gloden, L. & Veranneman, K. (2017). Merger Control 2017 – Luxembourg. En J. Bellis, y P. Elliot (Ed.). *Merger Control* (3.ª ed.). Sweet & Maxwell.
- González, A. & Huneus, F. (2015). Hacia un Sistema de Control Preventivo de Fusiones para Chile. *Trabajos de Investigación en Políticas Públicas – Departamento de Economía U. de Chile*. N. 19. <http://econ.uchile.cl/uploads/publicacion/44ba469a7897db85c00b6a1ba0394f2e7b98ce20.pdf>
- Gorab, D. & Greene, E. (2019). Colusión: Interacción entre la Economía y el Derecho. En V. Facuse & A. Montoya (Eds.), *Desafíos de la Libre Competencia en Iberoamérica*. Thomson Reuters.
- Gotlieb, M. & Van Gerven, G. (2015). Data Gathering and Analysis: The Anatomy of a Merger Investigation in Europe. *Fordham International Law Journal*, 39(1). <https://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2403&context=ilj>
- Hovenkamp, H. (2008). *The Antitrust Enterprise. Principle and Execution*. Harvard University Press.

- Ibáñez Colomo, P. (2020). *The Shaping of EU Competition Law. First Paperback Edition*. Cambridge University Press.
- Jonckheere, P. (2018). Alken-Maes / AB InBev (Bosteels) – A ‘Residual Jurisdiction’ for the Belgian Competition Authority to Assess Non-notifiable Mergers? *Journal of European Competition Law & Practice*, 9(7), 454 – 458. <https://academic.oup.com/jeclap/article-abstract/9/7/454/4844029>
- Kaczynski, T. (2020). *Anti-Tech Revolution: Why and How* (2.<sup>a</sup> ed.). Fitch & Madison.
- Kwoka, J. (2015). *Mergers, Merger Control, and Remedies. A retrospective analysis of U.S. Policy*. The MIT Press.
- Lexico.com. (s.f.). Práctica. *Lexico.com*. <https://www.lexico.com/es/definicion/practica>
- Ley 15/2007. (2007, 04 de julio). De Defensa de la Competencia. Jefatura del Estado. Boletín Oficial del Estado, (159). <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-12946>
- Organisation for Economic Cooperation and Development. (2016). Agency Decision-Making in Merger Cases. Background Note by the Secretariat. [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3\(2016\)6/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3(2016)6/en/pdf)
- Organisation for Economic Cooperation and Development. (2014). Evaluación del Régimen de Control de Concentraciones en Chile. Santiago de Chile. [https://www.oecd.org/daf/competition/Chile%20merger%20control\\_ESP\\_nov14.pdf](https://www.oecd.org/daf/competition/Chile%20merger%20control_ESP_nov14.pdf)
- Ottaviani, M. & Wickelgren, A. (2008). Policy Timing under Uncertainty: Ex Ante versus Ex Post Merger Control. [https://pdfs.semanticscholar.org/c28a/3c4483077369fda4db01adc7cad556f4ce53.pdf?\\_ga=2.73489618.1591377228.1593577589-57180342.1593215659](https://pdfs.semanticscholar.org/c28a/3c4483077369fda4db01adc7cad556f4ce53.pdf?_ga=2.73489618.1591377228.1593577589-57180342.1593215659)
- Pindyck, R. & Rubinfeld, D. (2009). *Microeconomía* (7.<sup>a</sup> ed.). Pearson.
- Proyecto de Ley 5913/2020-CR. Proyecto de Ley que efectiviza el control previo de operaciones de concentración empresarial. [https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016\\_2021/Proyectos\\_de\\_Ley\\_y\\_de\\_Resoluciones\\_Legislativas/PL05913-20200805.pdf](https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Proyectos_de_Ley_y_de_Resoluciones_Legislativas/PL05913-20200805.pdf)
- Quintana, E. (2011). El objetivo de la ley de competencia peruana y la interpretación de las conductas prohibidas. *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual*, 7(13), 19 – 59. <https://revistas.indecopi.gob.pe/index.php/rcpi/article/view/97>

- Quintana, E. (2015). Peligros en la tipificación de Recomendaciones como Práctica Anticompetitiva en la Ley peruana. *Ius et Veritas*, 24(51), 46 – 63. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15651>
- Real Academia Española. (s.f.). Práctica. *Diccionario de la Real Academia Española*. <https://dle.rae.es/pr%C3%A1ctico>
- Real Academia Española. (s.f.). Colusión. *Diccionario de la Real Academia Española*. <https://dle.rae.es/colusi%C3%B3n?m=form>
- Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Tribunal del Indecopi (2017) Expediente 004-2011/CLC. Resolución 508-2017/SDC-INDECOPI del 22 de agosto de 2017. <https://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/getDoc?docID=workspace://SpacesStore/32efd791-ec4b-4d02-9293-ea4813cfc68b>
- Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Tribunal del Indecopi. (2019). Expediente 011-2015/CLC. Resolución 157-2019/SDC-INDECOPI del 26 de agosto de 2019. <https://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/getDoc?docID=workspace://SpacesStore/0759ca43-e517-454d-9327-2b26ee0ff9f9>
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea (1999) Asunto C-49/92 P. Sentencia del 8 de julio de 1999. <https://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=44311&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=7110427>
- Tropeano, J. (2020). Ex ante or Ex post? When the timing of merger assessment is up to the merger firms. *École d'Économie de Paris - Paris School of Economics*. <https://www.parisschoolofeconomics.eu/docs/tropeano-jean-philippe/endogetimingiep-rrfeb2020.pdf>
- Vault, M. (2015). The Definitive Glossary of Higher Mathematical Jargon. *Math Vault*. <https://mathvault.ca/math-glossary/#chaos>
- Viscusi, W.; Vernon, J. & Harrington, Jr., Joseph E. (2010). *Economics of Regulation and Antitrust* (3.<sup>a</sup> ed.). The MIT Press.



