

SAPIENTIA & IUSTITIA

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

AÑO 3 N. 5

E-ISSN 2709-1228





MORAL, DERECHO Y LÓGICA JURÍDICA

*Rafael Félix Mora Ramirez**
Universidad Católica Sedes Sapientiae
rmora@ucss.edu.pe

Resumen: En este trabajo afirmamos que la lógica y, en especial, la lógica jurídica guarda relaciones con el derecho y este a su vez, se vincula con la moral. Sin embargo, la discusión acerca de la naturaleza de la moral y del derecho se puede retrotraer hasta la Grecia Antigua. Específicamente, nos referimos a los sofistas quienes discutieron estas cuestiones y sentaron las bases para el relativismo que hoy en día caracteriza las relaciones culturales de este mundo globalizado. Luego, definimos la moral y las normas morales para contraponerlas a las normas sociales y a las normas jurídicas. Enseguida, el derecho es analizado desde un punto de vista objetivo. Así, al considerar al derecho como un sistema de normas jurídicas se hace posible que se vincule con la lógica, y, en especial, con la lógica jurídica. Finalmente, terminamos este trabajo estudiando los conceptos de norma jurídica y silogismo jurídico.

Palabras clave: Sofistas, moral, derecho, lógica jurídica, normas jurídicas.

* Es filósofo egresado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. También cuenta con el título de licenciado y tiene los grados de magíster y doctor. Tiene estudios concluidos en el posdoctorado en ciencias en la Universidad Nacional Hermilio Valdizán de Huánuco. Ha empezado a estudiar la carrera de Farmacia y Bioquímica en la Universidad Privada Norbert Wiener. Actualmente, es profesor nombrado en la Universidad Nacional Federico Villarreal y en la Universidad Nacional de Ingeniería. Tiene especial interés en el área de la cultura, la lógica, la epistemología y la filosofía analítica. Es autor de los libros *El valor de la lógica. Ensayo apologético* (2019), *Quechua: problema y posibilidad* (2020), *Para comprender a las falacias* (2020), *Investigando la lógica desde un punto de vista filosófico* (2022), así como de la novela *Juventud en lucha* (2022). Es miembro del Centro de Estudios de Filosofía Analítica (CESFIA), de la Sociedad Peruana de Filosofía (SPF) y de la Academia Mexicana de Lógica (AML). Ha trabajado como docente en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM), la Universidad Católica Sedes Sapientiae (UCSS) y la Universidad Nacional Hermilio Valdizán (UNHEVAL). Ha enseñado los cursos de Filosofía, Lógica jurídica, Historia de la ciencia, Ética, Epistemología, Seminario de Tesis, entre otros. Ha sido ganador del Premio de Lógica Francisco Miró Quesada Cantuarias por presentar el mejor artículo inédito en el área de la lógica en la competencia organizada por la Sociedad Peruana de Epistemología y Lógica (SPELO) y la *Logica Universalis Association* (LUA). Asimismo, fue ganador del Concurso de Enseñanza y Difusión Digital de la Olimpiada Internacional de Lógica 2021 (CEDDOIL). Su ensayo “El triángulo de Sábato aplicado a la problemática de la universidad peruana” ha sido considerado como mención honrosa en los II Juegos Florales Universitarios Nacionales (2022) organizado por la Universidad Nacional de Trujillo.

MORALITY, LAW AND LEGAL LOGIC

Abstract: In this work we affirm that the Logic and, in particular, legal logic is related to law and this, in turn, is linked to morality. However, the discussion about the nature of morality and law can be traced back to Ancient Greece. Specifically, we refer to the sophists who discussed these questions and laid the foundations for the relativism that today characterizes the cultural relations of this globalized world. Then, we define morality and moral norms to contrast them with social norms and legal norms. Next, the law is analyzed from an objective point of view. Thus, by considering law as a system of legal norms, it becomes possible to link it with logic, and, especially, with legal logic. Finally, we finish this work studying the concepts of legal norm and legal syllogism.

Keywords: Sophists, moral, law, legal logic, legal norms.

1. Introducción histórica. Los sofistas

En el siglo V a. C. la vida cultural griega se desarrollaba en Atenas. En esta ciudad había surgido la democracia. La recién fundada democracia confería a los ciudadanos el poder para dar su opinión en los asuntos públicos. Así, los ciudadanos atenienses pronto descubrieron que manejar la capacidad de persuadir a sus conciudadanos en la asamblea o ante un tribunal judicial constituía una gran ventaja política. Entonces, para adquirir y perfeccionar estas habilidades recurrían a maestros itinerantes de oratoria y retórica. Estos maestros fueron los llamados sofistas, palabra que deriva del griego σοφία (sabiduría), y σοφός (sabio).

En la Grecia clásica, sofista era quien enseñaba la sabiduría y cobraba por ello. Los más destacados miembros de la sofística fueron Protágoras, Gorgias, Hippias, Pródico, Trasímaco, Critias y Calicles. Los sofistas enseñaron gramática, retórica, didáctica, pedagogía, mnemotecnia, oratoria, etc. Ellos defendían la democracia, pues esta permitía que todos accedieran a la educación pública obligatoria con el fin de mejorarse uno mismo y esto fundamentaba una cierta idea de progreso. La virtud política que decían enseñar ellos consistía en el dominio de las palabras, por ejemplo, cómo a cada argumento esgrimirle otro en contra. Así, los sofistas solían utilizar sus habilidades lingüísticas para defender cualquier posición que se les propusiera sin importar lo absurda o nefasta que pareciera. Su objetivo era que sus clientes lograran persuadir a otros para que, de este modo, tuvieran éxito social. Sin embargo, en este caso no hay que entender la expresión “éxito social” como sinónimo de la expresión “ser bueno o ser virtuoso”. Para los sofistas “alcanzar el éxito” significaba simplemente “lograr ser rico y famoso”.

2. Protágoras

Protágoras de Abdera (siglo V a. C.) consideró al ser humano como el dueño de su propio destino. Según el sabio de Abdera, el hombre, que habita un universo indeterminado, debe confiar en sus propios recursos para poder crear verdades que de otra manera no podrían existir. Este sofista defendía el relativismo. De acuerdo a esta posición, una misma cosa puede ser vista de distinto modo para distintas personas.

El escepticismo relativista enseña que hay una verdad; pero esta verdad tiene una validez limitada. No hay ninguna verdad que sea universalmente válida. Es más, el relativismo subraya la dependencia de todo conocimiento humano respecto de factores externos. Como tales considera, ante todo, la influencia del medio, del tiempo y la pertenencia a un determinado círculo cultural. Esta posición se resume con la frase *homo mensura*: “El hombre es la medida de todas las cosas, de las que son en tanto que son y de las que no son en tanto que no son”. De este modo, incluso las leyes y las costumbres son convencionales (Reale y Antiseri, 1988).

Pondremos un ejemplo para aclarar esto. En nuestro país, el Perú, ¿el clima es frío o caluroso? Eso depende de quien lo sienta. La sensación es relativa. Para el relativista, “las cosas son para mí tal como se me aparecen a mí y son para ti tal como se te aparecen a ti”. Otro ejemplo. En Singapur, el narcotráfico se castiga con pena de muerte; pero en nuestro país, se castiga con cárcel y multas económicas. Ello indica que mientras en Perú el narcotráfico solo merece cárcel, en otros países, es tan grave el asunto que hasta pena de muerte se impone. En síntesis, la decisión sobre lo correcto, legal, normal o moral es relativa, no es algo universalmente válido. No hay valores universales y absolutos.

Hemos visto en el caso anterior el uso de antilogías, es decir, de argumentos contrapuestos y válidos acerca de una misma cuestión. De este modo, es fácil entender que la discusión era vista como una competición, un enfrentamiento entre las tesis contrapuestas de los dialogantes y, esto, como sabemos, es una habilidad valiosa para los abogados litigantes. Enseguida, veremos antilogías más complejas.

3. Paradoja de Protágoras

Según Sorensen (2003), en el contexto histórico-social de la Grecia Antigua los atenienses en ascenso (los “nuevos ricos”) tenían pocas alternativas para el pago por el aprendizaje de las valiosas técnicas que ofrecían los sofistas. La oratoria (entre otras técnicas) era muy valorada en esta sociedad cada vez más confrontativa. A veces, había tantas demandas legales que los perdedores comenzaron a demandar a sus vecinos sólo

para pagar a los vencedores. Los abogados demandaron a otros abogados. Los estudiantes de derecho demandaron a sus propios maestros y los maestros demandaron a sus mismos estudiantes.

De acuerdo con Clark (2007), el primero que expuso la paradoja que presentaremos, también conocida con el nombre de “paradoja de los abogados”, fue Aulo Gelio. Diógenes Laercio la repitió más tarde. En lo que sigue nosotros brindaremos la versión de este último. Se sostiene que Protágoras era un profesor que transmitía sus conocimientos a los hijos de las familias ricas de Grecia a cambio de grandes sumas de dinero. Los cursos eran rápidos y eficaces, y entre las enseñanzas gran parte la ocupaba la abogacía o retórica, “saber” cuyo nombre en ese tiempo era el de ‘arte de argüir ante los tribunales’. Así pues, un día se le acercó Euatlo, un joven que quería pedirle le enseñara su arte. El sofista aceptó y pactó Protágoras con su discípulo Euatlo de enseñarle la oratoria forense por cierta paga, con la condición de que el discípulo daría de entrada la mitad de aquel tanto, y la otra mitad luego que defendiese algún pleito y lo ganase.

Como se pasase mucho tiempo sin verificarse la condición pactada, pidió Protágoras el resto de la deuda, a lo que Euatlo respondió diciendo que todavía no había ganado ni defendido causa alguna. Pero Protágoras no se enfadó, sino que lo demandó al respecto; y hallándose ambos ante los jueces, dijo Protágoras: “Sábetes, oh necio joven, que de cualquier modo que este pleito salga, debes pagarme; pues si te condenan a ello, me habrás de pagar por sentencia; y si te libran, me pagarás por nuestro pacto”. A esto respondió Euatlo: “Sabed también vos, oh sabio maestro, que por todo lo mismo no debo yo pagaros; pues si los jueces me absuelven, quedo libre por sentencia; y si pierdo el pleito, lo quedo por nuestro pacto” (Clark, 2007, p. 109).

En otras palabras, Protágoras había pactado con Euatlo que le enseñaría habilidades para poder manejar el derecho a cambio de una cantidad que le habría de pagar cuando hubiese ganado ya su primer caso. Esto es del todo coherente, puesto que cuando el discípulo aplica los conocimientos del maestro logrando el resultado esperado, aquel saber se revela como útil y en retribución habría que reconocer el talento del maestro mediante el pago correspondiente. En cambio, si ocurriese lo contrario, la misma falla a la hora de aplicar los conocimientos adquiridos revelaría que aquel saber no tuvo el valor suficiente. Después de la instrucción, Euatlo no participa en ningún pleito y Protágoras, en consecuencia, lo demanda. El razonamiento de Protágoras consiste en que,

- 1) si él gana, el tribunal obligará a Euatlo a pagarle sus honorarios; y
- 2) si él pierde, Euatlo habrá ganado un caso y, también, estará obligado por el pacto a pagarle.

Por ende, gane o pierda el juicio, Euatlo debe pagar su deuda.

Euatlo, en cambio, contraargumenta que,

- 3) si él pierde, él no estará obligado a pagar, dado que aún no habrá ganado ningún caso;
- 4) si él gana, el tribunal decidirá que no tiene obligación de pagar.

Por ende, gane o pierda el juicio, Euatlo no debe pagar su deuda.

Puestas así las cosas ¿quién tiene la razón?, ¿a favor de quién debe fallar el tribunal?, ¿cuál debe ser la decisión final del juez? Esta paradoja rebela un interesante problema que los que estudian derecho podrían analizar con calma. Enseguida, conoceremos lo que piensan otros sofistas sobre la naturaleza, la moral y el derecho.

4. Otros sofistas discuten acerca de la distinción entre naturaleza y el orden humano

Antiguamente, el derecho y la naturaleza estaban contrapuestos uno a otro en la teoría de los sofistas. Ellos afirmaban que había un problema en el fundamento de la validez universal del concepto de ley. Para Hippias de Élida, la *physis* (la naturaleza) ha destinado a todos los humanos a la paz y concordia, pero el *nomos* (el orden humano) los hace enemistarse. Esta dicotomía entre *physis* y *nomos* puede expresarse en la distinción entre derecho natural y derecho positivo. El derecho natural es un conjunto de valores o principios que se encuentran en la naturaleza y conciencia del hombre. Por ejemplo, derecho a la integridad física y moral, derecho a pensar y razonar, derecho a la vida. Son derechos superiores y anteriores al derecho positivo. Por su parte, el derecho positivo es un conjunto de normas dictadas por el Estado con el objetivo de regular la conducta del hombre en sociedad. Ahora bien, el derecho natural está constituido por leyes naturales. Lo natural se caracteriza por ser eterno, válido y necesario. En cambio, el derecho positivo está constituido por normas jurídicas que rigen y reglamentan el orden humano. Así, el orden humano se caracteriza por ser creado, convencional y contingente.

De acuerdo a Antifonte de Atenas, todos somos iguales pues tenemos iguales necesidades. Las leyes de la naturaleza (como las de la física, biología, química, etc.) son verdades permanentes que se deben respetar. Por su parte, las leyes positivas (la constitución, los códigos penales y civiles, etc.) son opiniones variables que se pueden desobedecer. Así, el esclavismo se legitima por una ley positiva y, en ese sentido, se

puede desacatar. Lo mismo podemos decir del voto obligatorio, del pago de impuestos o de las deudas basadas en altos intereses que los bancos imponen a los préstamos.

Según Calicles de Atenas, por naturaleza es justo que el fuerte domine y someta al débil. Por ejemplo, un león se come una cebra porque la cebra es débil. Sin embargo, las leyes positivas (en tanto violación de las leyes naturales) pueden evitar que el fuerte abuse del débil. Como muestra de ello, el derecho defiende a la mujer, al feto, al discapacitado e incluso hasta al ladrón (frente a una posible pena de muerte). Así, el *nomos* se ha establecido para satisfacer al débil.

Finalmente, para Glaucón de Atenas, las leyes sirven para regular la conducta humana que, por naturaleza, es salvaje. Por ello, las sociedades no se forman a partir de instintos de cooperación, sino de leyes artificiales (el orden humano). El hombre no es un animal social a diferencia de lo que dice Aristóteles. A la postura de Glaucón se le puede denominar ‘convencionalismo’. Recibe este nombre porque sostenía que la moral, la sociedad, el Estado y los gobiernos lejos de tener un origen “natural” eran creaciones artificiales humanas sin las cuales el hombre se habría extinguido hace mucho.

Ya que hemos mencionado a la moral y al derecho, en lo que sigue, estudiaremos estos conceptos de modo más detallado.

5. La moral

La moral es el conjunto de valores y normas morales que rigen la conducta de una colectividad humana determinada. Se podría decir que es el conjunto de creencias morales que los seres humanos usan como fundamento de sus acciones morales. Así, las normas morales expresan la obligación de respetar un valor moral. Los objetivos de la moral son los siguientes: regular el comportamiento humano, permitir la cohesión entre todos, hacer más sencilla la convivencia, posibilitar que todos alcancen la felicidad y también que formen debidamente su conciencia. Ahora bien, también es importante considerar la estructura de nuestro razonamiento cuando estamos por hacer algo bueno o malo.

6. Razonamiento práctico

En tanto se tratan de normas o de juicios de valor, se usa el llamado silogismo práctico o el razonamiento práctico. Para Bunge (2000), hay dos reglas de inferencia axiológica:

- *Modus Volens*

Si ocurre A, entonces también sucede B. Formalmente: $A \rightarrow B$.

Después hay un juicio de valor que afirma que B es bueno, o conveniente, o al menos que es mejor que A. Formalmente: B es bueno.

De estas dos proposiciones se concluye la norma: “Haz A”.

Ejemplo: Si ayudas a los demás, mejoras la sociedad. Y sabemos que mejorar la sociedad es bueno. Por ende, hay que ayudar a los demás.

- *Modus Nolens*

Si A ocurre, entonces sucede B. Formalmente: $A \rightarrow B$.

Además, formulamos el siguiente juicio de valor: B es malo.

De ambas se sigue, “No hagas A”.

Ejemplo: Si hay falta de trabajo, aumenta la delincuencia, y sabemos que la delincuencia es mala. Entonces, no debemos permitir la falta de trabajo.

Este razonamiento es el que deberíamos tomar en cuenta cuando consideramos asuntos prácticos que involucran la toma de decisiones en ámbitos morales o incluso políticos.

7. Las normas sociales

Estas normas son las que dependen de la historia de cada pueblo, surgen en cada estrato social y se difunden para expresar correctos modales como señal de buena educación. Se adquieren por costumbre y se les suele denominar “Etiqueta social”. Además, si no las cumplimos, se nos ve de mala manera, pero no necesariamente se nos castiga. Los ejemplos respectivos se detallan en la Tabla 1.

Tabla 1*Ejemplos de normas sociales*

Está permitido	Está prohibido
1) Vestir bien en las reuniones.	1) Eructar en la mesa (aunque en Arabia es símbolo de cortesía).
2) Limpiarse con la servilleta.	2) Decir lisuras o malas palabras en público.
3) Taparse la boca para bostezar.	3) Dar mal ejemplo a los menores.
4) Hacer caso a los padres.	4) Apestar a basura o porquería.
5) Sonarse la nariz con delicadeza.	5) Escupir a la hora de hablar.
6) Respetar a los mayores de edad.	6) Avergonzar en público a padres o parientes.
7) Saludar con un beso en la mejilla a la mujer (en otros países, también al varón).	7) Comer con la boca abierta.
8) Sacarse los zapatos antes de entrar en una casa (esto se cumple en Asia).	8) Hacer grafitis en las calles.
9) Tener una sola esposa (aunque en Arabia, se acostumbra a tener más de tres).	9) Reírse exageradamente.

8. Las normas morales

Una norma moral es un mandato expresado en la forma “Debes hacer esto” o “No debes hacer lo otro”. Se distinguen de las normas sociales, de las religiosas y de las jurídicas en que exigen el cumplimiento de un acto bajo la idea de que se está reivindicando un valor moral humano universal, trascendental y fundamental para la vida colectiva. Esto se ejemplificará con más detalle en la Tabla 2.

Tabla 2*Ejemplos de normas morales*

No debemos	Se debe
1) Perjudicar a los demás.	1) Ceder asiento al discapacitado.
2) Engañar al amigo.	2) Ayudar al desvalido.
3) Festejar la desgracia ajena.	3) Botar los desperdicios en los tachos.
4) Ser intolerante.	4) Ser humilde.
5) Ser ocioso.	5) Decir siempre la verdad.
6) Ser infieles.	6) Buscar un trabajo digno.
7) Discriminar por algún motivo.	7) Tratar a todos por igual sin preferencias.

En resumen, debemos cumplir la regla de oro ya mencionada por Confucio, es decir, debemos obrar respecto de los demás como quisiéramos que obraran con nosotros mismos. Básicamente, lo que se busca en esta humanidad es que todos nos tratemos bien entre sí. Esto mismo se puede plantear de otro modo: “No hagas a otro lo que no quieres que te hagan a ti” (Singer, 1995).

9. El derecho

El término “derecho” significa que algo está conforme o que está de acuerdo a una regla. Pero este término es ambiguo. Veamos las siguientes expresiones.

- a. el derecho penal ha sufrido últimamente grandes transformaciones.
- b. el derecho al divorcio se ha introducido en el Perú hace más de 30 años.
- c. el carácter científico del derecho es aún objeto de debates.
- d. no hay derecho a que diariamente mueran en el mundo miles de seres humanos.

En a) “derecho” designa el concepto de derecho objetivo, es decir, el derecho como conjunto de normas jurídicas. En b) se menciona el concepto de derecho subjetivo, esto es, el derecho en cuanto facultad o libertad de hacer algo respaldado por el poder del

Estado. En c) se refiere al concepto de ciencia del derecho, es decir, el estudio o reflexión sobre el derecho. Y en d) se alude a un juicio de valor sobre lo que debería ser legal o aceptable.

Para arreglar las confusiones, en a) podríamos usar la palabra Derecho con mayúscula; en b) podemos usar la palabra derecho con minúscula; en c) se puede usar las palabras “Jurisprudencia”, “Ciencia del Derecho” o “Dogmática Jurídica”, y en d) se puede usar la palabra “justicia”. En vez de lo anterior, estipularemos que, en lo que sigue en este trabajo, “derecho” aludirá al concepto de derecho objetivo.

10. El derecho como sistema de normas jurídicas

Hay que notar que el sistema jurídico de un país determinado se ha elaborado con el claro afán de instaurar paz social, armonía colectiva y justicia entre los miembros de tal o cual comunidad. Veamos algunos ejemplos de normas jurídicas.

- Artículo 2°. Código Civil: La mujer puede solicitar judicialmente el reconocimiento de su embarazo o del parto, con citación de las personas que tengan interés en el nacimiento (Ministerio de Justicia, 2014, p. 61).
- Artículo 23°. Código Civil: El recién nacido cuyos progenitores son desconocidos debe ser inscrito con el nombre adecuado que le asigne el registrador del estado civil (Ministerio de Justicia, 2014, p. 65).
- Artículo 23. Código Penal: El que realiza por sí o por medio de otro el hecho punible y los que lo cometan conjuntamente serán reprimidos con la pena establecida para esta infracción (Ministerio de Justicia, 2016, p. 57).
- Artículo 355. Código Penal: El que, mediante violencia o amenaza, impide a un elector ejercer su derecho de sufragio o le obliga a hacerlo en un sentido determinado, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años (Ministerio de Justicia, 2019, p. 214).
- Artículo 24°. Constitución Política del Perú: El trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente, que procure, para él, el bienestar material y espiritual (Ministerio de Justicia, 2019, p. 69).
- Artículo 30°. Constitución Política del Perú: Son ciudadanos los peruanos mayores de dieciocho años. Para el ejercicio de la ciudadanía se requiere la inscripción electoral (Ministerio de Justicia, 2019, p. 74).
- Artículo 54°. Constitución Política del Perú: El territorio del Estado es inalienable e inviolable. Comprende el suelo, el subsuelo, el dominio

marítimo, y el espacio aéreo que los cubre (Ministerio de Justicia, 2019, p. 106).

- Artículo 64°. Constitución Política del Perú: El Estado garantiza la libre tenencia y disposición de moneda extranjera (Ministerio de Justicia, 2019, p. 120).

Ahora bien, si definimos el derecho como un sistema de normas, de reglas de conducta establecidas o sancionadas por el poder estatal de forma coercitiva, estaremos tomando al derecho como una ciencia normativa, es decir, una ciencia que estudia valores jurídicos sobre lo que está permitido, prohibido u obligado. Así concebido, el derecho sería reducido a normas jurídicas (basadas en ciertos juicios de valor) que tratan sobre lo que se debe o no se debe hacer.

Según Cohen (1965), esto podría llevarnos a pensar que el derecho debe ser tan arbitrario y caprichoso como los juicios de valor que se caracterizan por su carácter subjetivo. Así, el derecho no sería una ciencia sino una mera opinión y como toda mera opinión puede ser puesta en duda y desestimada. Por ende, el derecho sería una ciencia del accidente. Obviamente, Cohen no cree esto, pues asegura que sí se puede establecer una ciencia normativa del derecho, ya que, para él, la ciencia trata con modelos ideales que pueden explicar y comprender de forma aproximada la realidad.

Otros autores como Rosental y Iudin (1946) consideran en su diccionario marxista que el derecho es una voluntad elevada a la categoría de ley por parte de la clase dominante, cuyo contenido está determinado por las condiciones materiales de vida de esa clase y por los intereses de la misma. Esto convierte al derecho en una suerte de imposición de un grupo de gente rica y con ejércitos ganadores sobre un grupo de gente pobre y con ejércitos perdedores. No obstante, el derecho visto así tendría un carácter de clase y esto sería proporcionar una definición ideológica del derecho que facilitaría una visión parcializada y sesgada que nos predispondría a odiar el derecho establecido.

Visto lo anterior, nos damos cuenta que definir el derecho es un asunto problemático. Es aquí que surge la necesidad de buscar a la filosofía. Cuando se problematiza el derecho hacemos filosofía del derecho. Según Reale (1997), el derecho estudia el hecho (eventos o actos o conductas que generan las consecuencias jurídicas), el valor (los principios éticos, morales y culturales de una sociedad en específico que conforma el universo de aplicación de la norma) y la norma (la ley vigente que deberá respetar los rasgos culturales de la sociedad y las conductas humanas que interesen al derecho). Consecuentemente, para este jurista brasileño, la filosofía del derecho se divide en tres partes: a) Teoría de

fenómenos jurídicos; b) Teoría de los intereses y valores que actúan en la experiencia jurídica y c) Teoría de la norma jurídica. Vemos pues, que, para Reale, el derecho no solo estudia lo que son los lineamientos jurídicos en sí, sino que, además, relaciona ideología o racionalidad del sujeto con su conducta. A continuación, trataremos acerca de la distinción entre normas morales y jurídicas para que quede más clara la naturaleza del derecho.

11. Normas morales y normas jurídicas

La moral y el derecho guardan relaciones cordiales. Por lo común, lo que es moral también es considerado legal en el sistema jurídico, aunque no siempre es el caso. Por ejemplo, si alguien decide arreglar la vereda por su cuenta, este acto, aunque es considerado como una acción moral, sin embargo, no es considerado como algo legal según el reglamento municipal, pues la vereda es una propiedad pública y no privada. En ese sentido, se requeriría, antes de ejecutar la obra, una autorización municipal. Enseguida, presentaremos las principales diferencias entre las normas morales y las normas jurídicas.

- Las normas morales establecen mandatos positivos, es decir, obligaciones (de hacer el bien), a diferencia de las normas jurídicas, que establecen prohibiciones (de hacer el mal).
- Las normas jurídicas regulan los actos externos (fácticos) y las normas morales regulan los actos internos (de consciencia).
- Las normas jurídicas son hipotéticas (se deben cumplir bajo ciertas condiciones) y las normas morales son categóricas (se deben cumplir porque son buenas por sí mismas).
- Las normas jurídicas son heterónomas, provienen del exterior del propio sujeto, mientras que las normas morales son autónomas, en ellas coincide la autoridad con el destinatario (las normas morales se aceptan por convicción) o, en otras palabras, las normas jurídicas, a diferencia de las morales, son aquellas que provienen y son establecidas por el Estado (las normas jurídicas se imponen por coacción).
- Las normas jurídicas tienen límites espaciales definidos (el territorio de un Estado, de un municipio), suelen tener una vigencia temporal indeterminada (hasta que sean derogadas) y la promulgación de las mismas exigen ciertas formalidades como su publicación, ratificación o aprobación por el jefe de Estado. En cambio, las normas morales buscan ser universales y, por ende, no cuentan con límites espaciales, temporales o materiales.
- Solo las normas jurídicas establecen una sanción de carácter externo que puede consistir, en última instancia en la aplicación de la fuerza física (o de

la coacción). Además, las normas jurídicas están institucionalizadas (existen ciertos órganos estatales, los jueces y otros órganos administrativos como la policía, etc., encargados de aplicarlas). Por otro lado, las normas morales establecen una sanción interna al sujeto en caso de incumplimiento. Aquello se denomina cargo de conciencia, sentimiento de culpa o remordimiento. Además, no necesariamente están institucionalizadas y cualquiera que reconozca un acto inmoral puede exigirle al agente moral responsable que rectifique sus acciones.

12. Lógica y derecho

La lógica y el derecho guardan entre sí relaciones muy cordiales. En un nivel muy sencillo podemos decir que, en el campo de la argumentación jurídica, la lógica no solo enseña a razonar para evitar las falacias sino también para saber usarlas en propio beneficio. Esto es lo que nos indican Copi y Cohen (2009) y, también, es lo que hacen la mayoría de los abogados como parte de su oficio. Las conocidas falacias *ad hominem*, pueden ser usadas en un juicio para desacreditar a un acusado. Del mismo modo, podemos usar las falacias de pregunta compleja, para comprometer a un acusado ante la mirada del tribunal. A su vez, el *argumentum ad ignorantiam* es muy recurrente. Recordemos la expresión que dice que el acusado es inocente mientras no se pruebe lo contrario. Igualmente, las falacias *ad verecundiam*, *ad misericordiam*, *ad baculum* se usan normalmente en el derecho sin mayor problema.

El derecho así se presta como un marco teórico en el cual las falacias ayudan al que quiera argumentar (Mora, 2020). Copi y Cohen (2009) también indican que el jurista se vale de razonamientos inductivos y deductivos para reforzar su posición. Además, cuando un juez elabora una sentencia sobre un caso de pleito judicial se ve forzado a razonar, a comparar razones para poder dar un veredicto y una decisión final. Adicionalmente, es preciso indicar que el derecho enfocado como un sistema de normas jurídicas debe ser un sistema coherente, consistente, es decir, racional. Así, un requisito indispensable del derecho es que no contenga contradicciones. Precisamente, esa exigencia es un requisito de todo sistema de lógica clásica que quiera evitar la trivialidad. Con estas razones, se puede defender y fundamentar la conexión entre la lógica y el derecho.

Pensemos en la lógica jurídica que vendría a ser fruto de la unión entre estas dos disciplinas. De acuerdo con Llanos (2003), la lógica jurídica desde el punto de vista de su composición teórica se caracteriza por ser una lógica mixta que combina lógica formal ordinaria y lógica deóntica¹. El problema que surge al mencionar a la lógica jurídica es

¹ Para mayores detalles sobre este punto, recomendamos revisar “Reflexiones sobre la lógica jurídica” y

sobre si pueden las normas ser consideradas como proposiciones, es decir, si tienen valor de verdad. Otro asunto vinculado al anterior es sobre el establecimiento de relaciones lógicas inferenciales entre normas. El primer problema mencionado es el más llamativo y el más denso, por lo que será tratado después.

Analicemos el segundo problema mencionado desde la perspectiva de Alarcón (2007). Según Kelsen, lo que se relaciona en los típicos razonamientos del derecho no son normas sino proposiciones descriptivas sobre normas, proposiciones que son sintácticamente idénticas a las normas, pero pragmáticamente diferentes. Siendo así, cuando deducimos lógicamente “Está prohibido fumar en el hospital” de “Está prohibido fumar en los centros públicos”, no inferimos una norma menos general de otra norma más general, sino una proposición que describe una norma menos general de otra proposición que describe una norma más general. De esa manera, en realidad, en el derecho tratamos con ciertas proposiciones y no con normas *per se*.

Volvamos al primer problema mencionado sobre si las normas pueden ser consideradas como proposiciones, es decir, si pueden tener los valores de verdadero o falso. Esto nos remonta al llamado dilema de Jørgensen que hemos tomado de Bulygin (2013):

- En el lenguaje corriente se usan en contextos normativos los términos lógicos típicos tales como “no”, “y”, “o”, “si y solo si”, etc. de una manera muy similar como en el lenguaje descriptivo, lo que sugiere la idea de considerarlos como conectores proposicionales. Además, se hacen inferencias en las normas que figuran como premisas o como conclusiones y tales inferencias tienen todo el aspecto de ser válidas a nivel lógico. Por lo tanto, *existe una lógica de normas* que se basa en el lenguaje corriente.
- En la tradición lógica desde Aristóteles hasta nuestros días las relaciones lógicas de implicación (consecuencia lógica) y contradicción se definen en términos de verdad. Lo mismo ocurre con las conectivas proposicionales. En consecuencia, solo las expresiones verdaderas o falsas pueden ser objeto del estudio de la lógica.
- Las normas carecen de valores de verdad.
- No hay relaciones lógicas entre normas y, por consiguiente, *no hay una lógica de normas*.

“Derecho y lógica deóntica proposicional”, artículos que integran el libro de Mora (2022).

Este dilema ha recibido múltiples tratamientos, pero lo que más nos llama la atención es el asunto del entendimiento de la norma como careciendo de valor de verdad. Según Alchourrón y Bulygin (1979), existen dos concepciones para entender lo que son las normas. La primera es la llamada *concepción hilética* de las normas y establece tres distinciones:

- El enunciado normativo, que es el fenómeno lingüístico en el que se expresa una norma y siempre se presenta en una lengua. Ejemplo: el presidente dijo que “el voto es personal, igual, libre, secreto y obligatorio hasta los setenta años. Es facultativo después de esa edad”.
- La norma, que es prescriptiva y que proviene del significado del enunciado normativo. Esta noción pertenece a la semántica de un lenguaje. Ejemplo: “Debe votar todo ciudadano”. Formalmente en lógica deóntica: $x (Cx \text{ OV}x)$
- La proposición normativa, que describe una situación creada por una norma. Ejemplo: “En el Perú es obligatorio votar, según el artículo 31 de la Constitución Política del Perú”. (Ministerio de Justicia, 2019).

La segunda es la llamada *concepción expresiva* de las normas y establece dos distinciones:

- 1) La norma, que es el resultado de un uso prescriptivo del lenguaje. Esta noción pertenece a la pragmática de un lenguaje. Para entender esto analizaremos la expresión “Vota”, la misma que se puede usar de tres formas.
 - a) Óscar vota (modalidad asertiva)
 - b) ¿Óscar vota? (modalidad interrogativa)
 - c) ¡Óscar vota! (modalidad prescriptiva)

En este último caso se ubica la norma.

- 2) la proposición normativa ya mencionada anteriormente. Con estas herramientas la cuestión de la problemática alética de las normas puede recibir un tratamiento más refinado, pues lo importante es tener bien clara la idea de proposición normativa.

Según Trelles (2002), el derecho nace como un cuerpo estructurado de normas e instituciones. A esto se le denomina sistema jurídico. Dicho sistema requiere de relaciones lógicas entre sus elementos. Un sistema jurídico consta no solo de las normas que explícitamente se promulgan sino también de todas las consecuencias que se derivan de ellas. En este sentido también es un sistema deductivo. Esto explica la importancia

del tema de la coherencia o consistencia del sistema. En este sentido no esperamos que en un sistema jurídico una conducta sea obligatoria y esté prohibida a su vez. Es decir, normalmente esperamos que el sistema sea consistente, que no contenga normas que se contradigan una a otras. Pero, ¿cómo se dan estas relaciones lógicas entre las normas si estas no son verdaderas o falsas de por sí? Esto nos lleva al dilema de Jørgensen y a la problemática alética de las normas, otra vez.

Veamos otro problema. En el sistema legislativo peruano hay un gran desorden legislativo. Tenemos dos causas:

- 1) Las normas son fruto de la actividad legislativa de diferentes instituciones a la vez. Además, las normas se generan en diferentes contextos históricos, por ello, existe confusión a la hora de precisar qué normas rigen y cuáles han dejado de regir. En pocas palabras, hay o puede haber inconsistencias entre normas distintas que rigen al mismo tiempo. O, por lo menos, no hay ninguna garantía de que no se presenten dichas inconsistencias.
- 2) Las normas se aplican suponiendo situaciones hipotéticas. Ante una conducta humana, la norma actúa procediendo con una acción o generando un derecho. Pero, establecer qué es lo que puede ocurrir es siempre una tarea incompleta y perfectible. La realidad no es totalmente previsible, por ello, los supuestos para aplicar tal o cual norma pueden no estar claramente delimitados en las situaciones concretas. Además, si contamos con el agravante de que el lenguaje natural (en el que se expresan las normas) tiene falta de precisión, la situación del derecho se vuelve una compleja torre de Babel. Una prueba de esto es la polémica idea de vacancia presidencial por “incapacidad moral”. ¿Qué significa esto último? Algunos creen que se trata de un tema moral relacionado a principios éticos de conducta; otros, que se trata de una condición vinculada a la salud mental del presidente. Pero no existe un acuerdo.

Ante el primer problema, el derecho trata de enfrentar esta situación de normas que compiten entre sí con principios como los de ley superior, ley especial o ley posterior. Pero, esto simplemente es esquivar el problema. Es como si quisiera recurrir a un comandante porque el cabo no me hizo caso, y luego recurrir al general porque el comandante no me hizo caso y así sucesivamente. Incluso llegando a la máxima jerarquía, nada impide que el sistema jurídico sea modificado instalando un ente especial de orden superior. Ante el segundo problema, sería interesante construir un proyecto de hermenéutica jurídica que

pueda resolver el problema de la auténtica interpretación de las leyes. Precisamente, esto último fue algo que inició Francisco Miró Quesada Cantuarias en su *Ratio Interpretandi* (2008).

13. Elementos de lógica jurídica

En este apartado final analizaremos algunos elementos de la lógica jurídica, tales como la norma jurídica y el silogismo jurídico. La norma jurídica es la regla que expresa un deber ser coactivo, es decir, que confiere a cierto acto el carácter de acto jurídico o antijurídico. Las normas jurídicas, que llamaremos “de conducta”, expresan en forma imperativa una relación de necesidad moral. Esta relación, al ser conocida por el hombre, se hace para él una “exigencia racional” que llamaremos “deber”.

La norma jurídica tiene ciertas características. Primero, la norma jurídica es general, es decir, debe ser aplicable a todo un conglomerado, llámese región, país o mundo. Segundo, la norma jurídica es legítima, es decir, debe crearse de acuerdo con los procedimientos establecidos para su formación. Esto es, depende de una legitimidad formal que proviene de quien dicta la norma, y de una legitimidad material que depende de su contenido. Tercero, la norma jurídica es imperativa, es decir, dicha norma no aconseja, ni persuade, ni trata de convencer; simplemente, impone un deber. Cuarto, la norma jurídica ejerce coerción, es decir, proporciona la obligación o la posibilidad de imponer una sanción en caso de no ser cumplida.

La estructura lógica de la norma jurídica es la siguiente: $P \rightarrow \mathcal{D}Q$, esto es, toda norma jurídica tiene una forma lógica condicional y, en consecuencia, consta de dos partes: un antecedente y un consecuente. En toda norma jurídica, el antecedente P es una proposición simple o compuesta y la lógica que se aplica en ella para analizarla es la lógica formal ordinaria. Se conoce al antecedente con las denominaciones de “supuesto jurídico”, “condición jurídica” o “condición de hecho” y tiene por propósito describir la comisión u omisión de algún acto, o en general, alguna situación o estado de cosas que acarrea como consecuencia una sanción, una obligación, una prohibición, un permiso o un derecho. En toda norma jurídica, el consecuente $\mathcal{D}Q$ (la consecuencia jurídica) es siempre una oración deóntica, en la que \mathcal{D} representa el operador deóntico: obligación, prohibición o permisión; la lógica que se usa para analizarla es la lógica deóntica.

Así, la norma jurídica se constituye enlazando, por un lado, supuestos de hecho, esto es, un conjunto de requisitos cuyo cumplimiento tiene efectos jurídicos y, por otro lado, consecuencias jurídicas, esto es, los efectos jurídicos que se atribuyen a la realización de

los requisitos establecidos. Esta consecuencia jurídica va acompañada de un operador deóntico que expresa un deber ser. Veamos algunos ejemplos.

Primer ejemplo

Supuesto de hecho: El que, con intención, o por negligencia, o por imprudencia ha causado un daño a otro.

Consecuencia jurídica: Está obligado a repararlo.

Segundo ejemplo

Supuesto de hecho: El funcionario público que, encargado de la custodia o conducción de algún detenido o sentenciado, le permita, sin estar para ello autorizado, salir ni aun temporalmente del lugar en que se debe permanecer detenido o del lugar en que debe sufrir su condena.

Consecuencia jurídica: Será castigado con prisión de 15 días a 6 meses.

La forma lógica en ambos casos es: si A debe ser B, esto es, $A \rightarrow \mathcal{D}B$. Ahora bien, no ocurre en todas, pero para entender las normas jurídicas de mejor modo hay que enlazar estas dos proposiciones “Si A, debe ser B” y “Si no B, debe ser S” (donde S es una sanción). A esto se le denomina la doble estructura de la norma jurídica. Veamos un ejemplo: “El que, con intención, o por negligencia, o por imprudencia ha causado un daño a otro, está obligado a repararlo”. Su forma lógica es “Si A, debe ser B”. Esto implica que “Si no repara el daño, debe ser sancionado” y su forma lógica es: “Si no B, debe ser S”.

Otro elemento interesante de la lógica jurídica es el silogismo jurídico. Como sabemos el silogismo es una forma de razonamiento deductivo que parte de dos premisas y llega a una conclusión. La premisa mayor de un silogismo jurídico es la norma jurídica, la misma que es general, abstracta, impersonal y obligatoria. La premisa menor es el hecho jurídico determinado. La conclusión surge de la aplicación de la norma jurídica. Estudiemos un par de casos.

Primer caso

Premisa mayor: Al que cometa el delito de falsificación de moneda, se le aplicarán de seis meses a cinco años de prisión y una multa de cien a tres mil pesos.

Premisa menor: Edgar ha cometido el delito de falsificación de moneda.

Conclusión: Deben aplicarse a Edgar de seis meses a cinco años de prisión y una multa de cien a tres mil pesos.

Segundo caso

Premisa mayor: El derecho electoral dice que se impondrá pena de multa o prisión a los ciudadanos que incurran en un delito electoral.

Premisa menor: Juan Pérez ha incurrido en delito electoral.

Conclusión: Impondremos penas de multa o prisión a Juan Pérez por haber incurrido en delito.

El silogismo jurídico constituye un ejemplo de cómo aplicar el razonamiento lógico a ámbitos como el derecho. Mediante el silogismo jurídico, el juez realiza la operación denominada subsunción. Esta es una operación lógica para determinar si el hecho específico concreto coincide con el hecho específico legal, así como si la consecuencia jurídica establecida por la norma coincide o difiere con lo pretendido. Veamos el último caso. Al darse la coincidencia en el término medio (“incurrir en delito”) contenido en las premisas del silogismo, el juez determina que el hecho específico concreto, coincide con el hecho específico legal; la constatación de tal coincidencia permitirá, a su vez, al propio juez, atribuir en la conclusión, al sujeto (que constituye el término menor del silogismo, “Juan Pérez” en este caso) la consecuencia jurídica establecida por la norma genérica planteada en la premisa mayor.

Ahora bien, aunque la lógica sea respetada, su satisfacción no es condición suficiente para que los razonamientos anteriores sean considerados jurídicamente correctos, sino que solo es una condición necesaria. El silogismo jurídico es mecánico y, en realidad, no admite equivocación, sino que simplemente postula que una conclusión es válida si se deriva de las premisas base. El verdadero problema radica en esclarecer los criterios de corrección para evaluar los elementos del silogismo en función de las normas aplicables y de los hechos concretos.

Terminaremos este apartado del trabajo señalando lo siguiente. Si tomamos en cuenta que juzgar es reflexionar acerca de un asunto o de las acciones de una persona para emitir sentencia o dictamen sobre ello, entonces hay que tomar en cuenta que, en realidad, casi nadie se equivoca al realizar inferencias, sino más bien al formular las premisas de los silogismos. En este sentido, una de las mayores dificultades que se le presentan al

juez, es el de la selección de la norma que constituirá la premisa mayor del silogismo jurídico. Sobre eso debe tener mayor cuidado y no necesariamente la lógica lo ayudará sino más bien la experiencia, la coyuntura y el buen juicio de sus otros colegas de oficio a quienes debería consultar en caso de dudas.

14. Conclusiones

Los sofistas fundamentaron el relativismo. Protágoras fue el principal representante de la sofística y su paradoja señala un problema interesante para que sea analizado por los abogados y los estudiantes de derecho. Otros sofistas como Hipias, Antifonte, Calicles y Glaucón tuvieron posturas controversiales respecto de la relación entre *physis* y *nomos*, y entre derecho natural y derecho positivo. Asimismo, el ejercicio de las acciones morales puede ser entendida a la luz del razonamiento práctico planteado por Bunge (2000). Además, mientras que las normas sociales son imposiciones de ciertos grupos dominantes, las normas morales buscan defender algo universal, trascendente y fundamental para la vida humana, a saber, un valor moral. Adicionalmente, el derecho en su sentido objetivo se puede definir como un sistema de normas jurídicas. Como ejemplos de estos sistemas está la Constitución y los códigos penal y civil. Ahora bien, la naturaleza del derecho también es objeto de polémicas sobre todo desde la filosofía del derecho. Una manera de entender a las normas jurídicas es comparándolas con las normas morales. Básicamente, las normas jurídicas son establecidas por instituciones legítimas, imponen un deber ser y ejercen coerción y sanción, en caso de incumplimiento.

Al entender al derecho como un sistema de normas jurídicas se abre la posibilidad de vincularla con la lógica y, en especial, con la lógica jurídica. Un interesante problema radica en si es correcto considerar a las normas como si fuesen proposiciones lógicas y, en consecuencia, si es correcto razonar con las normas como normalmente se hace en lógica. Esto último forma parte del dilema de Jørgensen. Ahora bien, desde el punto de vista de Trelles (2002) nuestro sistema jurídico peruano de por sí ya tiene algunos defectos. Por ejemplo, es posible que haya contradicción entre normas jurídicas, puesto que estas son producto de la actividad legislativa de distintas instituciones que no suelen trabajar en coordinación.

Finalmente, la lógica jurídica nos puede otorgar herramientas para analizar la estructura de una norma jurídica y de un silogismo jurídico. Así, por un lado, nos percatamos que la norma jurídica está compuesta de una condición jurídica y de una consecuencia jurídica que va acompañada de un operador deóntico. Por otro lado, el silogismo categórico consta de premisa mayor, premisa menor y conclusión. Sin embargo,

el problema más importante para el jurista no radica tanto en la constatación de la validez de dichos silogismos sino en su capacidad de construir de modo correcto tanto la premisa mayor y la norma jurídica que la respalda como la premisa menor y el hecho jurídico en cuestión que es materia de análisis. Este último asunto depende más de cuestiones extra-lógicas.

Referencias

- Alarcón, C. (2007). Lógica deóntica. En Frápolli, M (Coord.), *Filosofía de la Lógica* (pp. 207-231). Tecnos.
- Alchourrón, C. y Bulygin, E. (1979). *Sobre la existencia de las normas jurídicas*. Universidad de Carabobo.
- Bulygin, E. (2013). Lógica deóntica. En Alchourrón, C., Méndez, J. y Orayen, R. (Eds.), *Lógica* (pp. 129-142). Trotta.
- Bunge, M. (2000). El derecho como técnica social de control y reforma. *Isonomía*, (13), 122-137. <http://www.scielo.org.mx/pdf/is/n13/1405-0218-is-13-00122.pdf>
- Clark, M. (2007). *Paradoxes from A to Z*. Routledge.
- Cohen, M. R. (1965). *Introducción a la lógica*. Fondo de Cultura Económica.
- Copi, I. y Cohen, C. (2009). *Introducción a la lógica*. LIMUSA.
- Miró Quesada, F. (2008). *Ratio Interpretandi. Ensayo de hermenéutica jurídica. Textos conexos*. URP.
- Llanos, M. (2003). *Lógica Jurídica. Lógica del proceso judicial*. Logos.
- Ministerio de Justicia. (2014). *Código Civil. Decreto Legislativo N°295*. Autor. <https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2015/01/Codigo-Civil-MINJUS-BCP.pdf>
- Ministerio de Justicia. (2016). *Código Civil. Decreto Legislativo N°635*. Autor. http://spijlibre.minjus.gob.pe/content/publicaciones_oficiales/img/CODIGOPENAL.pdf
- Ministerio de Justicia. (2019). *Constitución política del Perú*. Autor. https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2019/05/Constitucion-Politica-del-Peru-marzo-2019_WEB.pdf
- Mora, R. (2020). *Para comprender a las falacias*. ACUEDI.
- Mora, R. (2022). *Investigando a la lógica desde un punto de vista filosófico*. ACUEDI.
- Reale, M. (1997). *Teoría Tridimensional del derecho*. Tecnos.

- Reale, G. y Antiseri, D. (1988). *Historia del pensamiento filosófico y científico*. Herder.
- Rosental, M. M. y Iudin P. F. (1946). *Diccionario Filosófico marxista*. Ediciones Pueblos Unidos.
- Singer, P. (1995). *Ética para vivir mejor*. Ariel.
- Sorensen, R. (2003). *A brief history of the Paradox. Philosophy and the labyrinths of the mind*. Oxford University Press.
- Trelles, Ó. (2002). Derecho y lógica: problemas. En Criado, R. y Rosales, D. (Eds.). *Lógica Formal y Lógica no-Formal* (pp. 99-110). Pontificia Universidad Católica del Perú.



INCIDENCIA DE LA EQUIDAD ARISTOTÉLICA EN LA FILOSOFÍA JURÍDICA MODERNA

*Jainor Avellaneda Vásquez**
Universidad Católica Sedes Sapientiae
2020101209@ucss.edu.pe

Resumen: El presente artículo plantea, mediante un enfoque hermenéutico, la incidencia de la equidad aristotélica en las teorías modernas de la filosofía del derecho. Tiene como objetivos, primero, rescatar el sentido de la equidad en libros como *Ética a Nicómaco* y la *Retórica* y, segundo, examinar la Teoría de Rawls sobre la Justicia, las teorías argumentativas de Ronald Dworkin, Neil Mac Cormick y Robert Alexy. Se destacará en cada una de ellas los alcances de la equidad aristotélica (un asunto sin tiempo) como noción integradora del derecho.

Palabras clave: Equidad, filosofía del derecho, justicia, Aristóteles.

IMPACT OF ARISTOTELIAN EQUITY ON MODERN LEGAL PHILOSOPHY

Abstract: This article raises, through a hermeneutical approach, the incidence of Aristotelian equity in modern theories of the philosophy of law. Its objectives are, first, to rescue the sense of equity in books such as *Nicomachean Ethics* and *Rhetoric* and, second, to examine Rawls's Theory of Justice, the argumentative theories of Ronald Dworkin, Neil Mac Cormick and Robert Alexy. The scope of Aristotelian equity (a matter without time) as an integrating notion of law will be highlighted in each of them.

Keywords: Equity, philosophy of law, justice, Aristotle.

* Estudiante del décimo ciclo de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica Sedes Sapientiae.

Debemos, en la medida de lo posible,
inmortalizarnos y hacer todo el esfuerzo
para vivir de acuerdo con lo más excelente
que hay en nosotros.¹
Aristóteles, *Ética a Nicómaco*

1. Introducción

En Aristóteles se funde toda la filosofía griega. Aristóteles funda la “tradicición” al recoger, como explica MacIntyre, no el pensamiento de él solamente, sino el de una comunidad entera. El estudio de la ética es una de sus obras más universales y actuales; proponer su relectura es una tesis admirablemente necesaria para entender nuestra época, una época que, en virtud de Dickens, más se parece al invierno de la desesperación que a la época de fe y a la estación de la luz, una época en donde todo se nos ofrece como nuestro y no tenemos absolutamente nada. Estas palabras nos serán mucho más familiares con el triunfo de un nuevo tipo de razón, una razón que ha olvidado los fines y el sentido de la dignidad humana, esta es, la razón instrumental.

En el derecho no ha dejado de bullir esta razón; del iuspositivismo “aislado” han nacido los totalitarismos (genocidios en los campos de concentración con amparo de leyes raciales nazi) y se mantienen en equilibrio las ideologías actuales. El renacimiento de la equidad aristotélica en las teorías modernas de la filosofía del derecho nos ha parecido una gran respuesta frente a la brutalidad de este fenómeno; así que, delimitar sus alcances con apoyo de textos como *Ética a Nicómaco* y la *Retórica*, es nuestro mayor propósito.

En ese sentido, siendo la razón instrumental un desvío de la razón práctica, identificaremos esta última con la prudencia en apego a la sabiduría y la justicia. Acto seguido, examinaremos en la teoría de Rawls sobre la Justicia nociones como “posición original”, “velo de la ignorancia” y “principios de la justicia” y descifraremos en cada una de ellas, sobre todo, en el principio de diferencia (desigualdades justas) la presencia de la equidad. Luego, entablaremos un diálogo abierto sobre equidad y argumentación jurídica: en primer lugar, estudiaremos la formulación aristotélica de los principios interpretativos argumentativos (teleológico y sistemático), siguiendo principalmente a Neil Mac Cormick; y, en segundo lugar, precisando que Aristóteles concibió la idea de “casos difíciles” como escenarios inalcanzables para la aplicación de la ley, abordaremos

¹ Jesús Conill, pensador y profesor en la cátedra de filosofía moral de la Universidad de Valencia, en una conferencia titulada “Mística y antropología” se refirió a este párrafo, como un primer atisbo o apertura a las éticas místicas. Este asunto, Jung, lo desarrollaría a través del inconsciente colectivo y, muy recientemente, Ken Wilber, a través de la conciencia transpersonal (una fuerza integradora, que va más allá del ego). En la *Ética a Nicómaco* (Traducción y notas de Julio Pallí Bonet) encontramos este pasaje en el Libro X, Capítulo 7 —Felicidad Perfecta— y damos por establecido que la apertura mística integrada en la ética máxima (εὐδαιμονία / eudaimonía) sirve como fundamento de la virtud (ἀρετή/areté).

la teoría de los principios jurídicos desde las perspectivas de Ronald Dworkin y Robert Alexy. Por último, nos acercaremos de una manera breve a la aplicación de la equidad en el derecho internacional, siguiendo el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

En lo que sigue, nos es dado, ofrecer un desarrollo.

2. Aristóteles y la razón práctica

2.1. Delimitando una primera razón práctica

En *Ética a Nicómaco* (en adelante, Eth. Nic) y en *Ética a Eudemo*², Aristóteles desarrolla ampliamente el concepto de razón práctica, exponiendo como punto de partida, la idea de virtud. La razón práctica se construye desde una racionalidad en la actividad humana regida por los valores universalizables que residen en la propia persona a manera de *phronēsis* (virtud), la misma que tiene que ver con la realización circunstancial de los bienes prácticos y de los principios de la acción correcta (Vega, 2014). El cultivo de la prudencia (*phronēsis*), será pues, la expresión más exacta de esta razón.

En ese sentido, citando ciertos pasajes de Eth. Nic (en la traducción de Pauli Bonet) esbozaremos la noción de una primera razón práctica. En primer término, según Aristóteles “son tres las cosas que suceden en el alma, pasiones, facultades y modos de ser ... los modos de ser, aquello en virtud de lo cual nos comportamos bien o mal respecto de las pasiones” (1985, p. 165). Como la virtud no podrá pertenecer a las facultades y pasiones, solo resta afirmar que es un modo de ser, un hábito de vivir.

En segundo término, la virtud se divide en dos clases: ética (la liberalidad, la moderación, la justicia) (Aristóteles, 1985, Libro I, pp. 156-157) y dianoética o intelectual (sabiduría, prudencia). La segunda clase de virtud prima sobre la primera, por ejemplo: cuando se dice que el hombre deberá cultivar la virtud y alejarse de los vicios con el objeto de alcanzar el bien supremo, la elección del “término medio” que es la virtud ética, es dictaminada por la prudencia o sabiduría práctica³. Queda establecido que, para Aristóteles, la razón práctica es una especie de móvil orientado al bien perfecto e incondicional⁴, es en definitiva, la virtud perfecta.

En los libros V y VI de Eth. Nic (1985), el Estagirita desarrolla “la justificación racional de su ética” a través de tres virtudes, que él mismo conviene en nombrarlas

² MacIntyre diría que las propuestas maduras de Aristóteles habrán de encontrarse en la *Ética a Eudemo* y no, como todos han creído, en la *Ética a Nicómaco* (1984, p. 186).

³ Frase de Bonet en las notas a Eth. Nic (1995).

⁴ “Sencillamente, llamamos perfecto lo que siempre se elige por sí mismo y nunca por otra cosa ... la felicidad, pues la elegimos por ella misma y nunca por otra cosa, mientras los otros bienes los deseamos a causa de la felicidad” (Aristóteles, 1985, pp. 139-140).

directa e indirectamente como “perfectas” (concepción amplia de razón práctica). La primera virtud es la sabiduría (*sophia*), una virtud intelectual excelente y perfecta, la más perfecta y honorable de todas. Aristóteles (2001) en el Libro VI de Eth. Nic, dice:

La Sabiduría sería el más perfecto de los conocimientos científicos. El sabio, por tanto, no sólo debe saber lo que se sigue de los primeros principios, sino alcanzar la verdad sobre los principios. De manera que la Sabiduría sería entendimiento y conocimiento científico, un conocimiento que encierra como la cúspide de las cosas más valiosas. (p. 188)

La sabiduría, propugna la vida teórica que es un curso de existencia seguido por aquellos hombres versados en las causas primeras (filósofos). Es perfecta, porque funciona como alimento para las demás virtudes. Sin embargo, si la relacionamos con la prudencia, podemos afirmar que ambas merecen un diagnóstico equivalente. Según el Estagirita, la sabiduría se apoya en la prudencia, pues los sabios no prudentes gozan de excelencia y se ocupan de grandes cosas, pero todo resulta baladí, porque su búsqueda no coincide con los bienes humanos.

La prudencia no es soberana e independiente de la sabiduría, esto significa que entre ambas existe una conexión inseparable y casi mágica. En este respecto, Aristóteles (1985) en el Libro VI de Eth. Nic, sostiene lo siguiente:

Sin embargo, la prudencia no es soberana de la sabiduría ni de la parte mejor, como tampoco la medicina lo es de la salud; en efecto, no se sirve de ella, sino que ve cómo producirla. Así, da órdenes por causa de la sabiduría, pero no a ella. (p. 288)

La segunda virtud es la prudencia, la misma que no siendo independiente de la sabiduría, ayuda a elegir el término medio; le importaría distinguir la justicia de la injusticia tanto en un ciudadano de a pie (actuar dentro los límites de la ley) como en los juzgadores y legisladores (unos, haciendo cumplir la ley y, los otros, legislando en beneficio de todos). Aristóteles, (1985) en el Libro VI de Eth. Nic, alega que la prudencia produce el bien práctico:

La prudencia, en cambio, se refiere a cosas humanas y a lo que es objeto de deliberación. En efecto, decimos que la función del prudente consiste, sobre todo, deliberar rectamente, y nadie delibera sobre lo que no puede ser de otra manera ni sobre lo que no tiene fin, y esto, es un bien práctico. (p. 277)

Para Garcés (2015) “la disposición intelectual denominada prudencia de acuerdo con la recta razón se encarga de disponernos a realizar los mejores actos y a obrar bien y siempre mejor; es la encargada de unir el conocimiento y la acción” (p. 1). De esto entendemos que los elementos que componen la prudencia son básicamente tres: el conocimiento, la acción y la voluntad.

Aquellos empeñados en detentar la prudencia, son políticos y “jueces”, porque esta es, asegura Aristóteles, “práctica y deliberativa” (1985, p. 277); para los políticos y jueces, el ejercicio de ella es o debe ser una exigencia; siendo pues, una especie de timón para orientar la vida es la mejor forma de expresar la “buena voluntad” de un ser humano.

La tercera virtud que completa el núcleo de la ética aristotélica es la Justicia. Aparece como virtud perfecta de la misma forma que la sabiduría, y es, por tanto, “la virtud en el más cabal sentido, porque es la práctica de la virtud perfecta⁵, y es perfecta, porque el que la posee puede hacer uso de la virtud con los otros y no sólo consigo mismo” (Aristóteles, 1995, p.239). En lo que sigue, demostraremos porqué con la razón práctica⁶ a modo de sabiduría y prudencia, la justicia obtiene un valor categórico.

2.2. La doctrina de lo Justo

La concepción de justicia en Aristóteles (Eth. Nic., Libro V, 1985) es el resultado de un amplio desfile de premisas, dirigidas todas, por esa sabiduría o razón práctica a la que ya nos hemos referido: la justicia es una “virtud perfecta” porque aquel que la posee no solo la usa consigo mismo, sino también con los demás. Lo justo para Aristóteles se identifica con lo legal⁷ y lo equitativo, aunque también se identifica con lo igual.

Además, divide a la justicia en dos clases, universal y particular: a la segunda, podemos encontrarla como distributiva (justicia política y social) y correctiva (justicia en los tribunales bajo la dirección de un juez o jurado). En apego a esta lógica, si exploramos brevemente la concepción platónica de la justicia y la contrastamos con esta, de algún

⁵ La justicia es la práctica, primero, de la sabiduría y, luego, de la prudencia (Sabiduría práctica).

⁶ “En Kant la filosofía obtiene la forma más elevada y perfecta” (paráfraseo de frase de Scheler citada por Risieri Frondizi en su libro *¿Qué son los valores?*). Kant expresará la racionalidad práctica a través de las máximas universales e imperativos categóricos como la luz de las acciones humanas, a través del ejercicio del deber guiado por la autonomía de la voluntad (una razón a priori, incondicional a los apetitos y pasiones que según Platón eran componentes del alma).

⁷ “Puesto que el transgresor de la ley era injusto y el legal justo, es evidente que todo lo legal es, en cierto modo, justo” (Aristóteles, Eth. Nic, Libro V, 1995, p. 228). No todo lo legal es justo, pues lo legal es solo en cierto modo justo, porque existen zonas de penumbra o vacíos, hacia los cuales, la ley por su naturaleza universal no alcanza, y es allí, donde se invoca a la equidad. Esta frase constituye uno de los muchos antecedentes de la discusión entre positivistas, iusnaturalistas y iusfundamentalistas en el periodo moderno respecto de la ley y la moral.

modo será justo afirmar que la propuesta aristotélica es la que realmente ha llegado demasiado lejos.

En efecto, también conviene decir, que la perfección del pensamiento es insoslayable, de hecho, son escenarios de ideal de justicia, tanto el Estado “ideal” como el alma humana; en el estado lo mismo que en el alma, lo justo se define en la medida que cada estamento deberá dedicarse a lo suyo o a lo que le es propio por naturaleza⁸. Para Platón, nacerán zapateros, guerreros, políticos (gobernantes filósofos) por naturaleza, y no podrán dedicarse a otra cosa que a ello para lo cual nacieron. MacIntyre, lejos de celebrar lo rimbombante y ridículo del hecho que los hombres estén divididos por naturaleza, la tilda indudablemente de “falsa” (1991, p. 45). Asimismo, a nuestro entender, el fundador de la Academia se antecede a Weber, quien revivirá sus ideas en el perfil del “funcionario público o burócrata” (1919, p. 10); quien, al igual que el hombre del estado ideal, nacerá para obedecer órdenes del superior jerárquico y abrazar la estrategia sin tener un alto sentido ético. Este asunto da para mucho más, sin embargo, con perdón por las digresiones, dejaremos en paz a Weber como a Platón y retomaremos nuestra finalidad.

2.3. Análisis exegético de la equidad

2.3.1. Según *Ética a Nicómaco*

De la decena de libros que conforman este tratado, nos ubicaremos casi en la parte final del Libro V (de acuerdo con la traducción de Pallí Bonet, 1985), del cual son dos o tres las páginas que dedica el Filósofo al estudio de la equidad. En ellas, nos ofrece un desarrollo no ajeno a su concepción de justicia, piensa que lo justo es de alguna forma, lo legal y lo igual, y en sentido pleno, lo equitativo. Analicemos esto en tres partes.

Primero, Aristóteles (1985) invoca como punto de partida la existencia de problemas en torno al significado de lo justo y lo equitativo; argumenta a favor de un entendimiento mutuo, y margina las diferencias interponiendo el concepto del bien en congruencia con la finalidad y contenido de ambos. Para el autor, entre lo equitativo y lo justo, existe una armonía inquebrantable: todo lo que pertenece a lo equitativo, pertenece a lo justo. Lo justo es el género y lo equitativo es su especie más elevada. En amplitud de esto, precisa:

Lo equitativo, si bien es mejor que una cierta clase de justicia es justo, y no es mejor que lo justo, como si se tratara de otro género. Así, lo justo y lo equitativo son lo mismo, y aunque ambos son buenos, es mejor lo equitativo. Lo que ocasiona la dificultad es que lo equitativo, si bien es justo, no lo es de acuerdo

⁸ Para Platón (1968) “la justicia consiste en hacer lo que es propio de uno ... la justicia ha de consistir en hacer lo que corresponde a cada uno, del modo adecuado” (La República, Libro IV, p. 223).

con la ley, sino como una corrección de la justicia legal. La causa de ello es que toda ley es universal y que hay casos en los que no es posible tratar las cosas rectamente de un modo universal. (p. 236)

En este párrafo, Aristóteles afirma que lo equitativo es igual a lo justo y es algo mejor que ello, y que lo bueno es en igual grado, asidero y finalidad de ambos. Además, refiere que lo equitativo responde por la solidez de la justicia legal, corrigiéndola y orientándola, de modo que, siendo lo equitativo de forma tal, se entiende que es algo superior a lo justo legal. La principal causa de este escenario es la universalidad del esquema legal, una estructura rígida que no trata rectamente a todos los casos, pues las peculiaridades de algunos de ellos les son inaccesibles. El Estagirita nos dice que basados en la fórmula universal de la ley nos será imposible el acceso a una justicia completa.

Segundo, la naturaleza particular del caso materia de controversia, no puede impedir que los operadores de justicia siempre resuelvan. Esta dinámica ha arropado al derecho desde los albores de su existencia, es un principio vital. Los órganos jurisdiccionales no pueden negarse a resolver, y de ser posible vulnerarían otro elemento clásico que es la Tutela Jurisdiccional Efectiva. En ese sentido, considerando que la universalidad de la norma, conscientemente redactada por seres humanos es necesaria y, aunque parezca injusta para algunos casos, no es incorrecta en sí, Aristóteles (1985) sostiene:

La ley acepta lo más corriente, sin ignorar que hay algún error. Y no es por eso menos correcta, porque el yerro no radica en la ley, ni en el legislador, sino en la naturaleza de la cosa, pues tal es la índole de las cosas prácticas. (p. 236)

El filósofo observa que la ley al comprender lo más amplio posible no ignora los errores que le pudieran surgir. De hecho, no desconoce su imperfección; hasta el propio legislador es consciente de estas situaciones, sin embargo, puede hacer poco, ya que las desconoce en sentido explícito. Por otro lado, afirma que el error proviene de la naturaleza práctica de los casos, no del legislador, ni tampoco de la ley. De esto, nos es dado inferir, que la realidad del caso como tal es inmodificable e incorregible como cualquier otra realidad, y que la ley de alguna forma atraviesa por el mismo criterio. Aristóteles, al invocar la corrección de la ley, no propone modificarla o adaptarla al caso particular, sino en congruencia a la intención legislativa propone la entrada en escena de la equidad al margen de esta. El Filósofo lo explica de la siguiente manera:

Cuando la ley presenta un caso universal y sobrevienen circunstancias que quedan fuera de la fórmula universal, entonces está bien, en la medida en que

el legislador omite y yerra al simplificar, el que se corrija esta omisión, pues el mismo legislador habría hecho esta corrección si hubiera estado presente y habría legislado así si lo hubiera conocido ... lo equitativo es justo y mejor que cierta clase de justicia, no que la justicia absoluta, pero sí mejor que el error que surge de su carácter absoluto. Y tal es la naturaleza de lo equitativo: una corrección de la ley en la medida en que su universalidad la deja incompleta. (p. 263)

Este pasaje habla de dos principios fundamentales: el principio de la intención legislativa y el principio finalista. Aristóteles nos dice que el legislador hubiera corregido la omisión o el error de la ley universal habiéndolo conocido en su momento, y que su intención no es otra que acarrear justicia a la pluralidad de casos. Además, afirma que la equidad cumple una función supletoria a la justicia legal universal, advirtiendo sus vacíos y la manera como suplirlos.

Tercero, el Estagirita, habiendo enunciado la imperfección de la ley, sostiene que los decretos emitidos no por el legislador sino por el gobierno, se adaptan a la naturaleza de los casos como lo hace la regla de plomo a las construcciones de piedra. En otras palabras, los decretos no requieren correcciones, su dinamismo representa a viva luz los fines del derecho. Por último, Aristóteles (1985) cree que el hombre equitativo, es, sobre todo, un ser valiente porque fomenta la perfección de la justicia enfrentándose a la misma; afirma que, el hombre equitativo: “Es aquel que elige y practica estas cosas justas, y aquel que, apartándose de la estricta justicia y de sus peores rigores, sabe ceder, aunque tiene la ley de su lado” (p. 264).

En síntesis, Aristóteles, concibe a la equidad como la corrección de la justicia legal. Compartiendo los estudios de Soto (2010) entendemos que esta corrección “no implica un quebranto o suspensión o huida de la legalidad, sino, al contrario, su adaptación —su corrección y concreción— para efectivamente hacer justicia. No implica tampoco, por tanto, el recurso a otra legalidad” (p. 443). Entonces lo equitativo⁹ es aquello que resuelve la controversia sui generis de manera excepcional, en armonía al espíritu de la ley, en armonía al derecho como expresión de las aspiraciones sociales.

2.3.2. *Equidad según la Retórica*

En este Tratado, Aristóteles (1990) desarrolla de manera específica los fundamentos prácticos de la equidad situada como tercer criterio de diferencia entre lo justo y lo injusto. Inicia al decir que existen dos tipos de actos justos e injustos, estos son, los escritos y los

⁹ El término “equidad” proviene etimológicamente del griego *Epikēia* (ἐπιείκεια) que significa razón o conveniencia.

no escritos; afirma que la equidad forma parte de los últimos, es decir, de aquellos actos que cubren los vacíos de la ley escrita. En este sentido, establece:

... en efecto, lo equitativo parece ser justo, pero lo equitativo es lo justo que está fuera de la ley escrita. Ello sucede, ciertamente, en parte con la voluntad y, en parte, contra la voluntad de los legisladores: contra su voluntad, cuando no pueden reducirlo a una definición, sino que les es forzoso hablar universalmente, aunque no valga sino para la mayoría de los casos. (p. 285)

Este párrafo, no es ajeno al concepto de equidad según la Eth. Nic. La distancia de lo equitativo a la ley escrita se justifica por la intencionalidad del legislador, sea por su voluntad (soslayando los errores), o sea en contra de su voluntad (voluntad de legislar en favor de lo desconocido y la posteridad).

En este respecto, siendo lo equitativo un criterio de lo justo e injusto y, además, un acto no escrito, también posee su propia clasificación. Según Aristóteles (1990), hay dos tipos de actos que son propios de la equidad: los actos meritorios de perdón o disculpa y, los actos comprensivos con las cosas humanas. Sobre los primeros, sostiene lo siguiente:

... aquellos casos para los que cabe hallar una disculpa son los propios de la equidad y no son merecedores de la misma consideración las equivocaciones que los delitos, ni las equivocaciones que las desgracias. En efecto: son desgracias cuantas cosas (suceden) contra los cálculos racionales y sin malicia, y equivocaciones las que lo (tienen lugar), no sin cálculo, pero sin maldad; los delitos, en cambio, son calculados y proceden de la maldad, pues lo que tiene por causa el deseo pasional procede de la maldad ... (p. 286)

En el texto leído, Aristóteles nos dice que los actos que merecen el perdón son las desgracias y las equivocaciones, ya que ambos existen sin maldad. No se puede tratar con el mismo criterio a aquellos actos que nacen de la intencionalidad, que, de ser reprochables como los delitos, han sido premeditados y motivados con arreglo a la maldad. Estas conductas no merecen perdón; no hay equidad en el mundo que perdone un delito categóricamente probado.

Por otro lado, los actos comprensivos con las cosas humanas son estrictamente de naturaleza equitativa. Según Aristóteles (1990) es también inherente a la equidad:

... mirar no a la ley, sino al legislador; no a la letra, sino a la inteligencia del legislador; no al hecho, sino a la intención; no a la parte, sino al todo; no a cómo es ahora uno, sino a cómo era siempre o la mayoría de las veces. (p. 287)

En este orden de ideas, entendiendo que emitir normas a título particular desordenaría al derecho, en este párrafo, el Estagirita proyecta un pequeño decálogo para el ejercicio de la función judicial en circunstancias extraordinarias y ante la imposibilidad de legislar para las minorías, lo indeterminado y lo indefinible. Dichas recomendaciones, hoy en día, principios generales del derecho, pensamos que se expresan en estos términos: el juez debe abstenerse de aplicar la norma cuando la consecuencia jurídica no coincida con la voluntad del legislador; cuando se trate acciones que califiquen como delitos, el juez debe identificar en el sujeto la intención de cometerlas, de no probar el dolo, la culpa debe ser perdonada. El Juez debe considerar al derecho como un sistema interconectado, si a la ley le nacen errores, deberá proveer su corrección. El Juez debe tratar al acusado no pensando en el delito que se le imputa, sino como un hombre de bien que participa de un proceso (presunción de inocencia).

A continuación, analizaremos específicamente la actualidad de la “equidad aristotélica” en las teorías jurídicas y políticas modernas, no sin antes, asintiendo que la misma se configura como la expresión exacta de la justicia legal completa.

3. John Rawls y la equidad como principio de justicia

3.1. Teoría de la Justicia

La propuesta de justicia lanzada en 1971 por el filósofo norteamericano John Rawls en “A Theory of Justice” puede interpretarse de dos maneras: como la renovación del contrato social desde la racionalidad práctica de los seres humanos, en forma de concepción de la justicia como equidad partiendo de la noción de contrato social, y, como una amplia concepción de derechos y libertades fundamentales producto del acuerdo mutuo entre personas libres y en iguales condiciones (1997, p. 14). Rawls (1999) ha reconocido con sus propias palabras que el objeto de su teoría es la justicia social:

Our topic, however, is that of social Justice. For us the primary subject of justice is the basic structure of society, or more exactly, the way in which the major social institutions distribute fundamental rights and duties and determine the division of advantages from social cooperation. (p. 26)

Sin embargo, nuestro tema es la justicia social. Para nosotros, el objeto primario de la justicia es la estructura básica de la sociedad o, más exacta-

mente, el modo en que las grandes instituciones sociales distribuyen los derechos y deberes fundamentales y determinan la división de las ventajas provenientes de la cooperación social. (2006, p. 20)

La Justicia de Rawls es una justicia basada en la estructura social a través del desarrollo de fundamentos que permitan la distribución de los bienes primarios en condiciones equitativas e imparciales; por lo tanto, su trabajo primordial ha de ser identificar y motivar los principios y, descubrir la manera de aplicación a las instituciones públicas (Aguayo, 2013).

Rawls construye una teoría sobre la estructura de principios de justicia con validez universal y categórica. Los principios de justicia serán elegibles por las personas racionales, en libertad e igualdad, bajo una situación contractual justa en el interior de una sociedad plural. El elemento ineludible de esta tesis es la imparcialidad, una imparcialidad a partir de la idea de que solamente las condiciones imparciales de los individuos conllevan a resultados igualmente imparciales¹⁰. A la imparcialidad existente en la situación contractual hipotética, él la denomina “posición original”, siendo garantía de esta, el famoso “velo de la ignorancia” cuya finalidad es impedir que los individuos partícipes de la misma adviertan sus particularidades o diferencias relacionadas a su identidad, sociedad o cultura a la que pertenezcan (Caballero, 2006). En otras palabras, lo que se desata con el velo de la ignorancia es el acceso a lo “común universalizable” que une a los individuos en términos de respeto y reconocimiento. Por otro lado, sobre el velo de la ignorancia, Judt y Snyder (2012) escriben: “es imaginar que se está tras un velo de ignorancia y que uno no sabe nada de sí mismo, ni siquiera de sus propias aptitudes o compromisos” (p. 282).

A Rawls se le reconoce como precursor del liberalismo político; y los principios de la justicia son, tal vez, lo más esencial de su teoría. De acuerdo con Kelly, “Los principios afirman una concepción liberal amplia de los derechos y libertades fundamentales y solo permiten las desigualdades de riqueza e ingreso que difunden en beneficio de los menos favorecidos” (Rawls, 1997, p. 14). Esta solidez, nos acercará al legado de nuestro autor, por ejemplo, a la concepción de las éticas mínimas difundida por la filósofa valenciana Adela Cortina¹¹. Sin embargo, también nos acercará a sus principales críticos, por

¹⁰ Rawls (1999) afirma: “Un rasgo de la justicia como imparcialidad es pensar que los miembros del grupo en la situación inicial son racionales y mutuamente desinteresados” (p. 19).

¹¹ A interpretación nuestra, Cortina, sostiene que la ética de mínimos es una ética de lo común exigible como presupuesto de la justicia en una sociedad plural. Llevando todo esto al esquema de Rawls, se entiende que los mínimos de justicia (virtud como exigencia en respuesta a una felicidad propositiva) que se le exige a todo individuo han nacido de una circunstancia de imparcialidad garantizada por un velo que reduce diferencias o esconde aquello que nos separa. Véase Cortina (2000).

ejemplo, unos como Tony Judt y Snyder dirán que el liberalismo político no ha podido responder a los desafíos de la realidad; otros, como los comunitaristas, atacarán de la concepción universal de la Justicia de Rawls, principalmente al “velo de la ignorancia”, sosteniendo que dicho elemento es discriminatorio y que la racionalidad práctica se ubica por debajo de la vida y la comunidad; esta última crítica ya es bastante arriesgada, pues un relativismo moral de esa envergadura, nos familiarizaría nada menos que con argumentos sofistas, argumentos que disminuyen el valor de la vida colectiva.

Ahora bien, retomando los principios de la justicia, pensamos que uno de ellos, “las desigualdades en favor de los menos favorecidos”, recoge como uno de sus más antiguos antecedentes a la equidad aristotélica.

3.2. Doctrina de la equidad, desigualdades justas en favor de los menos favorecidos¹²: ¿Quién ha primado en la obra de Rawls, Aristóteles o Kant?

Rawls es un pensador contemporáneo que ha recogido y valorado en su obra muchas teorías filosóficas. De la misma forma, ha prescindido de otras. ¿Es coherente invocar a un Rawls aristotélico? Responderemos por partes.

En primer término, la teoría de Rawls sobre la Justicia es profundamente kantiana. Los principios de Justicia y el velo de la ignorancia son propuestas en base al imperativo categórico; para Rawls la Justicia es una exigencia moral que nace de la autonomía racional de los individuos.

En segundo término, la crítica kantiana a la ética aristotélica es bastante conocida. Kant no acepta a los términos medios, no acepta a la virtud ética porque esta se encuentra ubicada entre dos vicios; para Kant esta virtud pertenece al mundo de la experiencia, de las inclinaciones y los sentimientos, y es una virtud que indica cómo vivir sin ser incondicional. Además, critica duramente la idea de felicidad o bien perfecto, ya que independiente de ser placer o no serlo es el propósito de la virtud ética; Kant aceptaría de alguna manera la virtud ética si no se perfilara como un medio, es decir, si los hombres que vivieran de acuerdo con ella, lo hicieran por ella misma y no solamente como medio para alcanzar un fin superior.

Tomando en consideración lo expuesto, respondemos a la pregunta diciendo que el filósofo más influyente en la obra de Rawls ha sido Immanuel Kant. Haciendo tan vasta precisión, ahora nos es dado ensayar un lugar para el Estagirita en la obra del norteamericano, aunque ello, a decir verdad, no sea del todo coherente. El asunto objeto

¹² Véase el prólogo de Kelly en Rawls (1997, p. 13).

de debate es la equidad, y a nuestro parecer Rawls (2006) lo plantea con la perfección propia de un genio. Leamos, pues, lo que dice:

... las personas en la situación inicial escogerían dos principios bastante diferentes: el primero exige igualdad en la repartición de derechos y deberes básicos, mientras que el segundo mantiene que las desigualdades sociales y económicas, por ejemplo, las desigualdades de riqueza y autoridad sólo son justas si producen beneficios compensadores para todos y, en particular, para los miembros menos aventajados de la sociedad. (p. 27)

Pensamos que el segundo principio o el también llamado principio de diferencia es propio de la equidad. Pues presenta las desigualdades económicas y sociales con un rostro civilizado; primero, las desigualdades se justifican si benefician a todos; y, segundo, las desigualdades se justifican si benefician a los miembros menos favorecidos de la sociedad. Lo primero es prácticamente imposible; mientras que lo segundo es todo lo contrario, los menos aventajados de la sociedad son la mayor parte de la comunidad humana. Además, sobre la última parte del principio de diferencia, Rawls (2006) nos dice “solo es justificable sí la diferencia funciona en beneficio del hombre representativo peor colocado ... o si las desigualdades producto de este principio se convierten en justas” (p. 83). En esa lógica, la equidad como propuesta de Rawls en términos de “desigualdades justas” no es solo espectro de realización social, sino que es algo concreto y objetivo.

A continuación, de ser posible teóricamente, describiremos con brevedad el lugar que ocupa Aristóteles en la obra del norteamericano. Rawls ha tenido que comprender que siempre existe algo, que de algo surgen las ideas y las cosas, y que nada es propiamente auténtico:

- a. Las desigualdades en favor de los menos aventajados pueden encajar dentro de los casos de naturaleza extraordinaria, donde la aplicación de la ley acarrearía injusticia y por lo cual, según Aristóteles, es necesario un Decreto (símbolo de la voluntad política).
- b. Entre la equidad política seguida por Rawls y la equidad judicial expuesta por Aristóteles, hay algo común entre ellas, ambas surgen con afán de corregir y enderezar, colocar en su lugar a algo que ha salido de control. Lo común de su búsqueda es la justicia, la justicia que proviene del juzgador y aquella que proviene de la libertad propia de los individuos.
- c. Rawls propone una equidad deliberativa y libre de ser elegida, la equidad aristotélica es algo parecido, no es exigible, es propositiva para los jueces,

aunque no por ello sea innecesaria.

- d. Por último, según Rawls (2006) el principio aristotélico, “establece simplemente, que el bien de una persona está determinado por el proyecto racional de vida que elegiría con la racionalidad deliberativa, entre la clase de proyectos del máximo valor” (p. 385). Rawls, autodeclara ser uno de los primeros autores que ha corroborado las proyecciones del Estagirita, en este caso, sobre el dilema del bien.

4. Equidad y Argumentación Jurídica

La teoría aristotélica del derecho y la justicia, no es de naturaleza iuspositivista ni iusnaturalista, más bien es aceptable dentro de la metanoia jurídica hoy conocida como “argumentativa” y “iusfundamentalista” instaurada por pensadores como Dworkin, Perelman, Mac Cormik, Ferrajolli, Atienza, etc. Esta metanoia se caracteriza por la pretensión de superar el antagonismo entre positivismo y naturalismo jurídicos y recuperar la tradición clásica de racionalidad práctica y la magnífica armonía entre derecho, moral y política (Vega, 2014). Así pues, esta teoría aristotélica, inevitablemente nos invita a pensar en las leyes, la justicia, la equidad, y cuál es la manera de relacionarlas. De momento, sabemos que esa relación es muy compleja.

Si trasladamos esta situación al periodo moderno y actual, nos daremos cuenta que el sentido de la equidad aristotélica es extraído por la argumentación jurídica. En este orden, MacIntyre precisa:

... ella (equidad) muestra más bien una característica de la racionalidad práctica en general, consiste en la actuación de la virtud de la prudencia en sede judicial. En esas situaciones, el juez tampoco tiene reglas y debería ejercer la phronesis, del mismo modo en que el legislador había hecho originariamente. El área en la que el juez se mueve al actuar de esa forma es la que Aristóteles llama epieikeia, la de un juicio razonable, aunque no reglamentado (como se citó en Soto, 2017, p. 194).

Y, respecto de la Argumentación Jurídica, un descubrimiento moderno, por no decir actual —o en palabras de Platón, un fresco recuerdo del alma—, Atienza (2018) rechaza tajantemente que la argumentación jurídica se resuma solo a una actividad racional, práctica y discursiva de razonamiento. Asimismo, afirma que hasta la fecha las teorías argumentativas solo se han referido al “contexto de justificación”, dejando anquilosadas cuestiones de sociología y psicología. Por otro lado, la crítica que lanza a los precursores

de la “doctrina del discurso racional”, proponiendo una armonía con la racionalidad estratégica, da mucho que reflexionar:

De manera que lo que resulta de todo lo anterior es que la racionalidad que opera en los procesos de argumentación jurídica (en el Derecho) es una racionalidad compleja y que, de nuevo, no puede reducirse a la racionalidad «dialógica», entendiéndose por tal la que está encarnada en el discurso racional, tal y como lo han presentado autores como Habermas, Alexy o la llamada teoría «pragmático-dialéctica». En el Derecho, en la argumentación jurídica, está —y debe seguir estando— muy presente la racionalidad estratégica e instrumental, simplemente porque de otra forma la práctica jurídica no podría cumplir con los fines y valores que la caracterizan. Y eso es algo que una teoría de la argumentación jurídica no puede perder de vista. (p. 14)

4.1. Argumentación como interpretación: dos principios interpretativos

4.1.1. Principio teleológico: espíritu de la ley e intención del legislador

En el segundo párrafo del capítulo 10, del Libro V de Eth. Nic (1985), Aristóteles, al reconocer que la universalidad de la norma produce errores debido a que la naturaleza del caso no se adapta a su fórmula universal, dice “está bien que se corrija esta omisión puesto que el mismo legislador previendo o conociendo el error, lo habría corregido” (p. 263). Según Vega (2014), el Estagirita dedica estas palabras a aquellas personas encargadas de administrar justicia a través de las leyes, es decir a los jueces, con el objeto de que los mismos se encarguen de corregir la norma pensando en la intención del legislador y no en lo que dice la norma. Pensamos que este es un primer antecedente del insustituible principio teleológico.

Asimismo, percatándonos que el fin del legislador y el espíritu de la norma creada por él, es lo bueno, esto es, justicia para los casos concretos; en el capítulo 13 de la *Retórica* (1990), el Estagirita dictamina que será propio de ella “mirar no a la ley, sino al legislador, no a la palabra, sino a la inteligencia o pensamiento del legislador” (p. 287). Dicha sentencia ratifica lo que afirmó en Eth. Nic, reconociendo, al mismo tiempo, que se trata de una equidad judicial (juez como su administrador de la equidad que se pretende mediante el principio finalista de interpretación y argumentación).

Dworkin (1986) recreando el famoso “Caso Elmer”¹³ de 1882, y las posiciones que adopta para resolverlo el Tribunal de Apelaciones de Nueva York en 1889, describe,

¹³ Elmer, a sangre fría, asesinó a su abuelo al descubrir la posibilidad de que por volver a casarse podría

aunque sin ensalzar lo clásico, el principio de la finalidad legislativa, reproduciendo el razonamiento del famoso juez Earl, quien discrepando de su colega Gray que apostaba por la interpretación literal de la norma, pensó que sería absurdo suponer que los legisladores de Nueva York que originariamente habían promulgado el Estatuto de testamentos hayan querido que los asesinos heredaran de su víctima, ya que una cosa que no se halla dentro de las intenciones de los hacedores, no está dentro del estatuto o norma. (p. 27).

La pretensión del juez Earl no solo significó la introducción del principio de la intención legislativa, no solo significó la interpretación de la norma sobre la base de la intención que tuvieron los legisladores al redactarla, sino que con esto quería motivar la función judicial, diciendo que los jueces deberían interpretar el estatuto acercándose en máximo grado a los principios generales del derecho y que, a través ellos, nadie podría aprovecharse de los errores que surjan de las leyes. Por tanto, es más que racional negar la herencia a alguien como Elmer, quien para obtenerla ha matado a su abuelo (causante) (Dworkin, 1986).

La interpretación que realiza el juez Earl desde la perspectiva de Dworkin, por un lado, debe entenderse como una apertura a la aplicación de los principios en los casos (difíciles) donde la simple ley sea insuficiente y, por otro lado, como una declaración de la mejor forma de justicia aristotélica desde un sistema de derecho integrado y no a través de un arduo positivismo discrecional.

En este orden de ideas, para Mac Cormick, nuestro principio teleológico es un “argumento interpretativo” que mantiene una relación cordial con el “argumento deontológico”. El espíritu de la norma (inteligencia del legislador) es para él su finalidad. Según Mac Cormick (2011), “los argumentos interpretativos teleológicos se refieren al fin o propósito que se imputa a un fragmento de legislación sobre la presunción de que ha sido promulgado por una legislatura racional en un determinado contexto histórico” (p. 74). En este sentido, ese fin o propósito que se imputa a un cuerpo normativo acorde con los principios de rectitud y justicia debe provenir de una intención legislativa igualmente justa. Aludiendo al principio de la intención legislativa, Mac Cormick (2011) lo presenta como argumento interpretativo deontológico, y dice:

modificar su testamento y no dejarle nada. El macabro episodio fue descubierto, y Elmer, encontrado culpable, fue condenado (Dworkin, 1997, p. 25). La cuestión es la siguiente: ¿Podrá Elmer heredar de la persona que mató? Los estatutos de testamentos de Nueva York no prescribían ninguna excepción y por lo tanto el asesino si podía heredar bajo la flaca literalidad normativa. El Juez Earl se opone a esta pretensión considerando que la intención legislativa es siempre la justicia y, en este caso, no la concesión de herencia a un asesino. En la posición de Earl renace el pensamiento aristotélico “mirar no a la ley, sino al legislador” (Aristóteles, 1990, p. 287).

La intención de actuar justamente siempre puede ser imputada a la legislatura considerada como cuerpo creador de derecho idealmente racional; y las particulares concepciones de justicia son a menudo razonablemente imputables a legislaturas reales históricamente situadas. (p. 74)

Por todo esto, asumiremos, sin entrar en detalle que el propósito del legislador al crear la norma es, como ya hemos dicho, la justicia para el caso concreto. Considerar lo contrario, por ejemplo, una presunción (cierta) en la que nuestros parlamentarios únicamente velan por sus intereses, será, para una próxima investigación, una tesis rigurosa y convincente.

4.1.2. *Principio sistemático: una concepción holística del derecho*

Este principio, pieza vital para el “Estado Constitucional”, apareció como complemento de los argumentos lingüísticos (Mac Cormick, 2011, p. 74) y en rechazo a la lectura literal de las reglas. Una ley como parte de un sistema jurídico, debe interpretarse, no como si fuera una isla dentro de sí misma, sino en relación a la totalidad que le rodea, sobre todo, al sistema jurídico al que pertenece. Según Aristóteles (1990), “es propio de la equidad mirar ... no a la parte sino al todo” (p. 287). Así, el Estagirita, se asegura de ubicar a la equidad no como parte independiente y aislada del sistema jurídico, sino como responsable del equilibrio de todas sus partes. Por estas razones, no resultará irresponsable declarar en armonía con Vega (2014) que “la equidad va más allá de las reglas, pero no del derecho” (p. 74).

Como respuesta a la simple lógica formal, a la “racionalidad formal” en palabras de Weber (como se citó en Vega, 2014, p. 126) o “racionalidad estratégica e instrumental” (Atienza, 2005) se ha fundado la era pospositivista, argumentativa o iusfundamentalista del derecho, y uno sus máximos representantes es el exdiputado del parlamento europeo Neil Mac Cormick. A este político no solo se conoce por haber elaborado la teoría argumentativa “integradora”¹⁴ y a partir de ella una tesis concluyente del argumento o principio sistemático de interpretación, sino también, se le distingue por el vasto planteamiento de una “fundamentación moral limitada” en el sistema jurídico.

De conformidad con esta lógica a favor del “ideal de integridad en el sistema jurídico” recomendado por Dworkin (2011, p. 73), Mac Cormick (2011) expresa:

Si rechazamos el intento de ver el derecho holísticamente como un sistema coherente, cada decisión tendría que ser considerada por sus propios méritos con

¹⁴ “...Teoría que integre la razón práctica y la teoría de las pasiones...que dé cuenta de los aspectos deductivos como de los no deductivos, una teoría con la única existencia de una respuesta correcta a cada caso” (Atienza, 2005, p. 107).

respecto a cualquier interpretación de normas relacionadas con el caso tratado. Llevado al extremo, el derecho se aproximará al salvajismo del caso aislado. (p. 73)

Y, a fin de rechazar este salvajismo que dimana de las decisiones interpretativas al margen del sistema jurídico, el filósofo escocés propone seis argumentos sistemáticos: la armonización contextual, el precedente, la analogía, los principios generales de derecho, el argumento lógico-conceptual y el argumento de la historia (Mac Cormick, 2011).

La concepción sistemática del derecho es bastante amplia, pensar en Aristóteles como su única fuente del mundo antiguo es atribuir el conocimiento recabado de todo un periodo histórico a un solo hombre, por eso, pensamos que Plotino también se acercó de algún modo a dicha concepción. Para demostrarlo, conviene vincular al derecho con un cielo inteligible, un cielo total y sin tiempo, donde todas las cosas que lo conformen sean ese cielo, y no ellas mismas; en el derecho, la equidad, constituye esa totalidad (tratable con otros nombres, pero infinita), y es aquella virtud perfecta que permite al sistema jurídico mantenerse firme e integrado en virtud de esa totalidad celeste y de todos los colores. Escribe Plotino en las *Enéadas*:

Toda cosa en el cielo inteligible también es cielo, y allí la tierra es cielo como también son los animales, las plantas, los varones y el mar. Cada cual se mira en los otros. No hay cosa en ese reino que no sea diáfana, nada es impenetrable, nada es opaco y la luz encuentra la luz. Todos están en todas partes y, todo es todo. Cada cosa es todas las cosas, el sol es todas las estrellas. Nadie camina allí, como sobre una tierra extranjera. (como se citó en Borges, 1953, p. 14)

4.2. Aplicación de los principios jurídicos frente a los casos difíciles: una respuesta correcta y única

Para analizar estas cuestiones, acudiremos nuevamente a Eth. Nic y a la *Retórica*¹⁵; a partir de estos textos, bastará expresar que el Filósofo profetisa, a modo de advertencia, dos conflictos jurídicos que a la modernidad le ha tocado hondamente. Por un lado, está la lucha inacabable entre iusnaturalistas y positivistas y, por el otro, la enemistad entre la ley y los principios morales que a grandes rasgos se ha sustentado en la imperiosa crítica que Ronald Dworkin y sus discípulos dirigen contra Kelsen, los utilitaristas, y, sobre todo, contra la miopía positivista de Hart y su famosa “regla de reconocimiento”.

¹⁵ Los textos de Aristotélicos son frescos cánones de filosofía práctica frente a la “utopía de la modernidad” (frase nuestra).

La discusión entre iuspositivistas e iusnaturalistas, ofrece mucho más de una dificultad. Ya en el capítulo 13 de la *Retórica* (1990), Aristóteles, al tratar el primer criterio de distinción entre lo justo e injusto, llama a la ley de dos maneras: ley particular que puede ser positiva o no positiva y, ley común, o una ley “conforme a la naturaleza; porque existe ciertamente algo, que todos adivinan comúnmente (considerado como) justo o injusto por naturaleza, aunque no exista comunidad ni haya acuerdo entre los hombres” (p. 281); seguido de esta clasificación, presenta en la *Antígona*¹⁶ de Sófocles un primer atisbo de la dicotomía irreconciliable entre el derecho positivo y el derecho natural.

La discusión entre ley positiva y principios morales también merece de nuestra parte, un escrutinio. Ya en la antigüedad se previó este fenómeno: con notoria lucidez, escribe Aristóteles en *Eth. Nic* “es evidente que todo lo legal es, en cierto modo, justo” (1990, p. 238) ¿Por qué no dice que todo lo legal es justo y no en cierto modo? Respondiendo: el filósofo cree que el derecho no es un conjunto puramente de leyes, porque su aplicación no en todos los casos ocasiona justicia; por esa razón, cree que la finalidad del derecho es dar una respuesta correcta al caso concreto; cree que la aplicación de una ley que por su universalidad acarree injusticia, no se debe a ella misma o a las personas que la crearon, se debe a la naturaleza especial del caso (casos difíciles). Por tanto, no concibe la idea de “leyes injustas”; y, cuando dice, “que todo lo legal es en cierto modo justo”, está sugiriendo, a nuestro parecer, el ejercicio de la ley en la medida que produzca resultados justos y, cuando no sea así, que la misma sea inaplicada para dar lugar a la equidad, siempre y cuando esta última no se aparte del ordenamiento jurídico. A esta equidad que no actúa fuera del derecho, hoy en día, la conocemos como doctrina de los principios jurídicos con atribución a casos difíciles a través de la ponderación. Las teorías iusfilosóficas de Dworkin y Alexy nos ayudarán a comprender en lo esencial estos asuntos.

La tesis de Dworkin se opone a la creación judicial del derecho o “discrecionalidad judicial” en los casos difíciles, se opone a esa idea indeterminada y ambigua que cuando una ley devenga en insuficiente al ser desbordada por las realidades sociales, el juez se convierta en legislador y aplique su creación en abuso del principio de irretroactividad. Rechaza las “teorías semánticas” argumentando que estas solo se basan en criterios para decidir cuándo una proposición jurídica es cierta, rechaza la regla de reconocimiento de Hart, que es la teoría más amplia. De estas teorías no solo es parte el positivismo jurídico, sino también el iusnaturalismo (criterios morales) (Rodríguez, 1999, pp. 122-123). En este sentido, al reconocer los errores de la ley positiva producto de su universalidad, llámese

¹⁶ Los hermanos de Antígona (Etéocles y Polinices) fallecen cada uno a manos del otro, Etéocles por defender su trono y Polinices por arrebatarlo. Creonte (tío de los tres hermanos) aprovechando la situación, se apodera del trono y castiga al invasor Polinices negándole los derechos de entierro. Antígona alega una injusticia porque la ley positiva de Creonte era contraria a la ley de los dioses (derecho natural) las cuales disponían la sepultura de los muertos sin ninguna excepción (Sófocles, *Antígona*).

vacíos legales, “zonas de penumbra” en palabras de Hart (como se citó en Rodríguez, 1999, p. 122) y, en consecuencia, casos difíciles, elabora bajo la herencia aristotélica la teoría de los principios y encarga su aplicación a un arquetipo de juez (Juez Hércules) con un amplio dominio de la técnica jurídica y la sabiduría práctica (prudencia). Este juez, según Montero (2011), debe poseer un decálogo de virtudes tanto éticas como intelectuales:

Debe tener una postura integral del derecho, y realizar una labor constructiva, lo que implica crear teorías que demuestren la existencia de los principios morales como parte del derecho, y al hacerlo obrar como quien participa en la creación de una novela en serie (tarea fácil para Hércules, pero casi imposible para un Juez humano), y con ello no violar la irretroactividad. (p. 203)

La aplicación de esos principios que convenimos en denominar “morales y equitativos” (hoy en día, derechos fundamentales) frente a los casos difíciles no solo atinan con la respuesta correcta, sino que en camino a su aplicación suponen una actividad creativa de razones constructivistas e interpretativas que justifiquen su injerencia en el caso.

La teoría de Dworkin no dejará de ser un gozo y un desafío para la inteligencia¹⁷. Ella ha puesto en jaque a un “débil estado legislativo” basado en el “modelo positivista” de Hart insuficiente de dar cuenta a la complejidad del derecho, a un sistema que propone a la discrecionalidad judicial como única respuesta ante los casos difíciles (Calsamiglia, 1984, p. 13). El escrutinio de los casos difíciles, desde la compleja postura del juez Earl con la idea “aristotélica” del principio de finalista¹⁸ es la maniobra elegida por el filósofo norteamericano para demostrar su teoría; así pues, al identificar las situaciones en donde no pueda aplicarse ninguna norma concreta, se aplicarán los principios; y, estos, unidos a las normas y directrices serán suficientes dentro del derecho para una respuesta correcta a todos los casos y, por consiguiente (antecediéndose en cierto modo a Robert Alexy) según Calsamiglia (1984) “el juez ante los casos difíciles debe balancear los principios y decidirse por que tiene más peso” (p. 14).

Para Dworkin, el concepto de principios es primero, una exigencia de equidad, y segundo una exigencia de justicia, no obstante, también es un mecanismo que tiene la finalidad de introducir el “fundamento de moral limitada al ordenamiento jurídico”¹⁹. Por

¹⁷ Parafraseando la frase de Thomas Mann: “un gozo para la vista” (2008, p. 84).

¹⁸ Decisión del Tribunal de Apelaciones de Nueva York sobre el caso Riggs c. Palmer.

¹⁹ Propuesta de Mac Cormick (2011).

estas razones, advertimos que la virtud aristotélica de la Equidad, aunque disfrazada por otros nombres, sigue presente en el derecho. Con fervor, Vega (2014) manifiesta:

La tesis de Aristóteles en cambio (en perfecta consonancia con las orientaciones post-positivistas actuales) es que la equidad es interna al derecho en cuanto institución práctica: la equidad va más allá de las reglas, pero no del derecho, pues se refiere a los principios y éstos también forman parte del derecho (por más que reflejen valores objetivos externos). La equidad no niega las reglas, sino su entendimiento exclusivamente formalista o literalista. (p. 132)

Por consiguiente, el discurso racional de Alexy no es para nada indiferente a la tesis principista de Dworkin, es más, no será un desatino afirmar que, a partir de su teoría del discurso racional, y, sobre todo, mediante la técnica de ponderación, se ha creado un modelo de función judicial para aquellos casos donde la regla sea insuficiente y el principio²⁰ adecuado para resolver el caso no se encuentre identificado. Sin embargo, el término “ponderación” “tiene una fuerte carga metafórica. Ponderar o bien es sopesar o bien es pesar” (García Amado, 2017. p. 57).

Ahora bien, la ponderación de principios (derechos constitucionales-fundamentales) como función judicial en los casos difíciles, es decir, ese camino de la identificación del principio que resolverá el caso correctamente posee una estructura exigida por un principio más amplio, este es, el principio comprensivo de proporcionalidad (Alexy, 2009, p. 8), que al mismo tiempo da lugar a tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

Caminos (2014) nos dice al respecto:

El subprincipio de idoneidad establece que si un medio no es adecuado para promover la satisfacción de ningún principio, y al mismo tiempo afecta a un principio, entonces la optimización con relación a las posibilidades fácticas de este principio exige que se considere prohibida la adopción de dicho medio; el subprincipio de necesidad establece que si existen dos medios disponibles, igualmente efectivos, para promover un determinado principio, pero uno de ellos afecta de un modo menos intenso que el otro a un segundo principio, entonces al considerarse que este segundo principio impone el mandato de optimizar las posibilidades fácticas, se debe elegir el medio que importe un menor grado de afectación, este principio procede solo en el caso que se supere el primero;

²⁰ “Un principio es un mandato de optimización con respecto a las posibilidades fácticas y jurídicas” (Caminos, 2014, p. 56).

finalmente el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto se refiere a la optimización de las posibilidades jurídicas. (pp. 56-57)

5. La equidad en el derecho internacional

La Corte Internacional de justicia (en adelante, CIJ) en el artículo 38.2 de su Estatuto concibe la equidad como una fuente del derecho internacional: “La presente disposición no restringe la facultad de la Corte para decidir un litigio *ex aequo et bono*²¹, si las partes así lo convinieren”.

La equidad es identificada con el principio *ex aequo et bono*²² aplicado al caso materia de controversia, si las partes lo autorizan expresamente. Esta formulación da lugar a muchas interpretaciones y críticas; en primer término, la equidad internacional funciona como excepción a la regla, ya que lo principal en la resolución de un litigio será la aplicación de las fuentes formales del derecho internacional que señala el Estatuto en su artículo 38.1, (los tratados, la costumbre, los principios generales y la jurisprudencia internacionales); en segundo término, sin importar la dificultad del caso y, prescindiendo de las fuentes formales, las partes pueden optar por la equidad y solo en esos casos los jueces de la CIJ resolverán de esa manera; en lo demás, la Corte, deberá fallar con apego estricto a las fuentes formales del derecho internacional vigente (Varela, 1996). No obstante, cuando las fuentes referidas, a excepción de los principios generales del derecho, sean insuficientes para resolver el litigio, los jueces con o sin aprobación de las partes resolverán en *ex aequo et bono*. A nuestro parecer, la aplicación de dicho principio arrojará un único resultado con ayuda de dos exámenes: a) buscar una respuesta correcta dentro del derecho como ser integrado y coherente o, b) buscar esa misma respuesta con apego a la buena voluntad discrecional. En esto último, la figura del juez se asemeja en alto grado a la de un árbitro, se asimila a alguien que Aristóteles en la *Retórica* ha ensalzado con loable recato, reconociendo que sus decisiones no estando de acuerdo con las leyes ni en contra del derecho, son admirablemente justas.

En este orden de ideas, de acuerdo con Varela (1996), señalaremos las funciones de la equidad internacional en tres: a) Equidad como medio de atemperar la aplicación del derecho, b) equidad como medio de completar la aplicación del derecho y, c) equidad como medio de suplir la aplicación del derecho (p. 105). Consideramos a la tercera como la función más arriesgada, brillante, aunque también ridícula, pues dispone que algunos casos obtengan respuestas desde las afueras de la ley y los apartes del derecho, llámese

²¹ La locución latina hace referencia a la resolución de litigios de acuerdo con “lo bueno y lo correcto”.

²² La Corte Centroamericana de Justicia en su Estatuto artículo 22 y la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional en artículo 33.2 de su Reglamento también contemplan el referido principio.

a estas soluciones arbitrarias o discrecionales. Asimismo, convenimos que la segunda función es la más equiparable con la equidad que venimos tratando.

Hay algunos juristas que aceptan la idea de un *ex aequo et bono* equiparable al juicio con ajuste o arreglo a la equidad, pero hay otros que ineluctablemente disienten. Aquellos que disienten se expresarán tomando como base una parte de la concepción de término “equidad”; así pues, Lauterpacht (como se citó en Bermejo, 1983) declara:

El *ex aequo et bono* ... tiene muy poco por no decir nada de común con la equidad concebida como una modificación jurídicamente reconocida, aportada a la ley por razones de moralidad y de justicia. Un arreglo *ex aequo et bono* es un arreglo legislativo, que se aparta conscientemente de la ley vigente. No es una fuente del derecho vigente, es la base del derecho futuro. (p. 181)

El párrafo anterior, refleja a un Aristóteles vagamente descuidado. Asimismo, Visscher (como se citó en Bermejo, 1983) considera que el *ex aequo et bono* es una cláusula que “da apertura a una vía de arreglo muy diferente de la aplicación equitativa de la regla jurídica” (p. 181). La equidad funciona no con arreglo al objetivo de la aplicación del *ex aequo et bono* que es resolver el litigio independientemente a la regla jurídica, sino de manera adversa. Para este autor, el *ex aequo et bono* es parte de la función de los jueces de la CIJ en términos de discrecionalidad. Otros autores discrepan de esto, afirmando que el “*ex aequo et bono*, la equidad y los principios generales del derecho deben ser tratados como sinónimos” (Delbez como se citó en Bermejo, 1983, p. 181). Sin embargo, la dificultad de esta propuesta tiene origen en el mismo Estatuto de la CIJ; pues, en dicho texto encontramos a los principios generales del derecho como una fuente formal del derecho internacional, mientras que no encontramos así a la forma peculiar de hacer justicia: *ex aequo et bono*.

Ahora bien, analizado estas consideraciones, creemos que la CIJ, aplica la equidad, no solo a través del *ex aequo et bono* sino también con arreglo a los principios generales del derecho; creemos que el *ex aequo et bono* es una forma de equidad que va más allá de las fuentes formales del derecho internacional a excepción de los principios generales del derecho y, su aplicación como último recurso sin conocimiento y asentimiento de las partes en litigio, debe darse como acuerdo a dichos principios. Creemos que esta equidad no va más allá del derecho, y que toda equidad judicial que sea de modo contrario será otra cosa, menos equidad; afirmamos que la equidad no ofrece una respuesta fuera del derecho, rechazamos la discrecionalidad como camino del fallo judicial, creemos que el

derecho como ser integrado, coherente y equilibrado tiene una respuesta correcta para cada caso.

Un ejemplo aplicativo de la equidad internacional fue la disputa marítima entre Perú y Chile. En el 2014, la CIJ falló en amistad a la costumbre internacional, aunque no de manera unánimemente justificada, ya que también se apoyó en los Tratados. Hubo realmente posiciones disímiles, sin embargo, la tesis que triunfó más o menos fue la siguiente: el Perú, no habiendo ratificado la CONVEMAR, se comportaba como si lo hubiese hecho, esto creó una Costumbre internacional unilateral, muy aprovechable en nuestro favor; nuestro país vecino, siendo un Estado parte de dicho tratado, no habría gozado de la misma prerrogativa. Por esta razón, la Corte no podía decidir conforme a un tratado (CONVEMAR), pues uno de los países no era parte; tampoco podía decidir solamente conforme a la Costumbre internacional, esta era unilateral, y solo primaba para el Perú. El único recurso, debido a la naturaleza extraordinaria del litigio, fue la consideración de ambas fuentes del derecho internacional y, un fallo final en apego “indirectamente a la equidad” (las partes no autorizaron la aplicación *ex aequo et bono*). A Parodi (2014) le parece justo el fallo de la Corte, la equidad fue su núcleo decisorio.

Finalizamos este recorrido citando un precioso párrafo de Aristóteles (1990) que encontramos en la *Retórica*: “porque el árbitro mira la equidad, mientras que el juez la ley, y por esta razón se inventó el árbitro, a fin de que prevaleciese la equidad” (p. 287). Dicha sentencia, creemos, hoy en día puede reflejarse en los arbitrajes internacionales donde la equidad no es excepción a la regla, sino regla general, de tal manera que la misma es práctica común y repetitiva de los tribunales arbitrales.

6. Conclusiones

Las nociones aristotélicas de la equidad son proclamadas desde la teoría de la justicia (en *Ética* a Nicómaco y la *Retórica*). La equidad al ser justicia y mejor que cierta clase de justicia (justicia legal) es también una virtud ética que para elegirla se requiere de una razón práctica, prudencia o sabiduría práctica. El fin de la equidad no es ella misma, sino la justicia desde la integridad del derecho; el predominio de la prudencia en los hombres equitativos es mucho más notable que en los hombres justos.

La equidad aristotélica se encarga de corregir los errores de la ley particular que surgen producto de su universalidad: es aplicada por hombres prudentes a los casos de naturaleza peculiar o especial, en donde la ley sea insuficiente y acarree injusticia; la equidad va más allá de la ley, no en contra de ella y siempre de acuerdo con el derecho.

Es reclamada por hombres equitativos, es decir, por quienes reconocen los vacíos legales; y es administrada por los jueces y árbitros, y también por la voluntad política (decretos).

En la teoría de Rawls, la presencia aristotélica de la equidad no parece potencialmente visible. Sin embargo, la formulación del principio de diferencia, y de ello la purificación de las desigualdades, de manera tal que favorezcan a todos o a los menos aventajados, a nosotros nos ha parecido, aunque muchos discrepen, un fundamento bastante amigable con la virtud ética; pues su núcleo de actividad, naturaleza y finalidades son equiparables, sobre todo, según la *Ética a Nicómaco*, a la doctrina de lo equitativo.

En la argumentación jurídica, la presencia del Estagirita es mucho más visible. El origen de la formulación actual de dos de los principios interpretativos argumentativos más importantes (teleológico y sistemático), la encontramos planteada en la *Retórica*. El principio teleológico o de intención legislativa, renació en la resolución del caso Elmer, mereciendo la distinción de Dworkin como apertura de los principios del derecho; el principio sistemático concibe al derecho como una totalidad, de modo que, un fallo en equidad solo puede significar la voluntad expresa de un sistema jurídico integrado. Por otro lado, Dworkin y la propuesta de los principios frente a casos difíciles representa una continuación inteligente a la equidad aristotélica: los casos difíciles, el juez Hércules, etc. ya fueron objeto de estudio del filósofo griego.

En el derecho internacional, la CIJ aplica la equidad, primero, mediante el *ex aequo et bono* con el asentimiento de las partes, y, segundo, a través de los principios generales del derecho. Ambas cosas actúan en complicidad, y son esencialmente lo mismo. Algunos ejemplos de los escenarios aplicativos son los conflictos marítimos y los arbitrajes en comercio internacional.

Referencias

- Alexy, R. (2009, enero - junio). Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad. *Revista Iberoamericana de derecho procesal constitucional*, (11), 3-14. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r25294.pdf>
- Aristóteles. (1985). *Ética a Nicómaco* (P. Bonet, Trad.). Gredos. http://www.posgrado.unam.mx/filosofia/pdfs/Aristoteles__Etica-a-Nicomaco-Etica-Eudemia-Gredos.pdf
- Aristóteles. (1990). *La retórica* (Q. Racionero, Trad.). Gredos. <http://www.hermanosdearmas.es/wp-content/uploads/2017/12/aristoteles-retorica-gredos.pdf>

- Aristóteles. (2001). *Ética a Nicómaco* (C. Martínez Trad.). Alianza Editorial. <http://mastor.cl/blog/wp-content/uploads/2017/12/Etica-a-Nicomaco-Aristoteles-PDF.pdf>
- Atienza, M. (2005). *Las razones del derecho: teorías de la argumentación jurídica*. Fondo editorial de la UNAM. https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasjuridicas/oj_20151108_01.pdf
- Aguayo, P. (2013). Rawls y el principio aristotélico Una aproximación a la idea de bien en A Theory of Justice. *Ideas y valores*, (156), 129- 143. <https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/137203/Aguayo-Rawls-y-el-principio-arirtotelico.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Bermejo, R. (1984). Lugar y función de la equidad en el nuevo derecho internacional. *Anuario de derecho internacional*, (7), 171-209. doi: 10.15581/010.7.171-209
- Borges, J. L. (1953). *Historia de la eternidad*. Emecé Editores.
- Caballero, J. (2006). La teoría de la justicia de John Rawls. *Otoño*, (2), 1-22. https://iberomx/iberoforum/2/pdf/francisco_caballero.pdf
- Caminos, P. (2014). El principio de proporcionalidad ¿Una nueva Garantía de los derechos constitucionales? *Ambrosio L. Gioja*, (13), 51-74. <http://www.derecho.uba.ar/revistas-digitales/index.php/revista-electronica-gioja/article/view/65/47>
- Calsamiglia, A. (1989). Prólogo. En R. Dworkin, *Los derechos en serio* (M. Guastavino Trad.) (pp. 7-27). Ariel. https://eva.fder.udelar.edu.uy/pluginfile.php/71414/mod_folder/content/0/Pr%C3%B3logo%20-%20Los%20derechos%20en%20serio.pdf?forcedownload=1
- Cortina, A. (2000). *Ética mínima: Introducción a la filosofía práctica*. Tecnos. https://tallersurzaragoza.files.wordpress.com/2012/11/cortina_adela-etica_minima.pdf
- Dickens, C. (2000). *Historia de dos ciudades*. El Comercio.
- Dworkin, R. (1989). *Los derechos en serio* (Marta Guastavino Trad.). Ariel. https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2017/09/Descargue-en-PDF-Los-Derechos-en-serio-de-Ronal-Dworkin-Legis.pe_.pdf
- Dworkin, R. (1997). *El imperio de la justicia*. Gedisa.
- Garcés, L. (2015, 16 de diciembre). La virtud aristotélica como camino de la excelencia humana y las acciones para alcanzarla. *Discusiones filosóficas*, (27), 127-146. doi: 10.17151/difil.2015.16.27.8
- García Amado, J. (2017) *Decidir y argumentar sobre derechos*. Tirant lo Blanch. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/33292.pdf>

- García, L. (2010). *Teoría de la Justicia e idea del derecho en Aristóteles* [Tesis doctoral, Universidad Autónoma de Madrid]. https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/4596/30666_garcia_soto_luis.pdf?sequ
- Grajales, A. y Negri, N. (2018). *Sobre la argumentación jurídica y sus teorías*. Marcial Pons. <https://www.marcialpons.es/media/pdf/9789871775392.pdf>
- Judt, T. y Snyder, T. (2012). *Pensar en el siglo XX* (V. Gordo del Rey Trad.). Santillana. <https://profeemiliohistoria.files.wordpress.com/2019/02/tony-judt-pensar-el-siglo-xx.pdf>
- Mac Cormick, N. (2011). Argumentación e interpretación en el derecho. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (33), 65-78. https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/32593/1/Doxa_33_04.pdf
- Macintyre, A. (1984). *Tras la virtud* (A. Valcárcel Trad.). Grupo editorial Grijalbo. <https://etica.uazuay.edu.ec/sites/etica.uazuay.edu.ec/files/public/2021-06/MacIntyre%20-%20Tras%20la%20Virtud.pdf>
- Macintyre, A. (1991). *Historia de la Ética* (R. Walton Trad.). Paidós.
- Montero, A. (2011). *Derecho y moral, estudio introductorio*. UNAM.
- Parodi, D. (2014). Extensión de la frontera marítima entre Perú y Chile. la equidad como concepto decisorio. Disputa marítima, Perú v. Chile Corte Internacional de Justicia. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, (2), 495-510. <https://www.redalyc.org/comocitar.oa?id=371041328015>
- Platón. (1986). *La República* (E. Lan, Trad.). Gredos.
- Rawls, J. (1999). *A theory of justice*. President and Fellows of Harvard College. <https://giuseppicapograssi.files.wordpress.com/2014/08/rawls99.pdf>
- Rawls, J. (2006). *Teoría de la Justicia* (M. Dolores Trad.). FCE. https://etikhe.files.wordpress.com/2013/08/john_rawls_-_teoria_de_la_justicia.pdf
- Rawls J. (1997). *Justicia como equidad, una reformulación* (E. Kelly Trad.). Paidós. <http://www.terrileyasociados.com.ar/post/john-rawls-la-justicia-como-equidad-una-reformulacion-a-cargo-de-erin-kelly-paidos1.pdf>
- Rodríguez, M. (1999). Ronald Dworkin y la creación judicial en el derecho: una reflexión breve. *Anuario de filosofía del derecho*, (16), 121-142. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/142404.pdf>
- Soto, I. (2017). Alasdair Macintyre sobre la virtud y la justicia en Aristóteles. *Ars Boni et Aequi*, (5), 183-212. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3257730.pdf>
- Varela, L. (1996). *Las fuentes del derecho internacional Público*. Editorial Temis. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/18302.pdf>

- Vega, J. (2014, 24 de junio). La actualidad de la equidad de Aristóteles. Doce tesis antiformalistas sobre el derecho y la función judicial. *CEFD*, (29), 113-144. <https://ojs.uv.es/index.php/CEFD/article/viewFile/3249/4055>
- Weber, M. (1919). La política como vocación. *U-Cursos*. https://www.u-cursos.cl/facso/2015/2/PS01011/2/material_docente/bajar?id_material=1187931



EL EJERCICIO DE LA DOCENCIA UNIVERSITARIA EN EL PERÚ

*Fernando Ulises Salinas Valverde**
Universidad San Ignacio de Loyola

fernando.salinasv@epg.usil.pe

Resumen: La exigencia del grado académico de magíster o doctor como requisito esencial para el ejercicio de la docencia universitaria se viene cumpliendo desde el año 2014 a raíz de la entrada en vigor de la Ley N. 30220, constituyéndose también en una condición básica de calidad según el modelo de licenciamiento universitario. Sin embargo, si bien las universidades y profesionales vienen realizando denodados esfuerzos por cumplir con dicho requisito, nos preguntamos si ello se adecua realmente al principio de calidad académica y por ende nuestros estudiantes reciben un servicio educativo con profesionales especializados en las asignaturas que imparte docencia. Para ello, se ha realizado un estudio sobre la carga lectiva de una carrera de derecho de una universidad privada de Lima, en la que se han verificado los grados académicos de los docentes y la relación con las asignaturas programadas en el semestre académico 2018-II. Pues consideramos que siendo el docente el actor principal en el proceso de enseñanza-aprendizaje, éste debe encontrarse capacitado en el área o especialidad en la que ejerce la docencia universitaria.

Palabras clave: Universidad, docente, magíster, calidad, especialidad.

THE EXERCISE OF UNIVERSITY TEACHING IN PERU

Abstract: The requirement of the academic degree of master or doctor as an essential requirement for the exercise of university teaching has been fulfilled since 2014 as a result of the entry into force of Law N. 30220, also becoming a basic quality condition according to the model of university licensing. However, although universities and professionals have been making strenuous efforts to comply with this requirement, we wonder if this is really in line with the principle of academic quality and therefore our students receive an educational service with professionals specialized in the subjects they teach. For this, a study has been carried out on the study load of a law degree at a private university in Lima, in which the academic degrees of the teachers and the relationship with the subjects

* Abogado. Magíster en Derecho Civil. Estudiante del doctorado en Educación de la Universidad San Ignacio de Loyola. Docente universitario.

programmed in the academic semester 2018-II have been verified. Well, we consider that being the teacher the main actor in the teaching-learning process, he must be trained in the area or specialty in which he teaches university.

Keywords: University, Teacher, Master's Degree, Quality, Specialty.

1. Introducción

La disponibilidad de personal docente calificado es una de las condiciones básicas de calidad que exige el actual modelo de licenciamiento del sistema universitario peruano, condición que se subdivide en tres componentes, el primero referido a la existencia del 25% del total de docentes a tiempo completo, el segundo referido los requisitos para el ejercicio de la docencia superior y el tercero referido al proceso de selección, evaluación y capacitación docente (Superintendencia Nacional de Educación Universitaria, 2016).

Es que el rol del docente en cualquier sistema educativo se presenta como el eje central del proyecto educativo y, conforme afirman Estacio y Medina (2020), las organizaciones internacionales en diferentes documentos académicos e informes vinculantes resaltan el rol determinante que cumple el docente en el proceso de enseñanza-aprendizaje de los estudiantes. Precisamente, en el objetivo cuatro del informe sobre objetivos de desarrollo sostenible se ha contemplado que una de las metas para el año 2030 es aumentar sustancialmente la oferta de profesores calificados (Organización de las Naciones Unidas, 2018).

Al respecto, es posible establecer tres criterios para determinar la calidad docente, a saber: a) El primero, cuando nos referimos a planificación y organización del docente en su clase, estaremos ante las competencias del docente para la enseñanza; b) El segundo, cuando el docente es un profesional con experiencia en la asignatura que imparte, estaremos ante un saber hacer profesional; y, c) El tercero, cuando normativamente se establecen perfiles o requisitos para el docente (Organización de las Naciones Unidas, 2016). En nuestro caso, analizaremos el últimos de los criterios, el mismo que se encuentran en consonancia con el segundo componente de la quinta condición básica de calidad.

En principio, entenderíamos que, con el cumplimiento de este componente referido al cumplimiento de los requisitos para ejercicio de la docencia, las universidades estarían ofreciendo carreras profesionales con disponibilidad de personal docente calificado, pues conforme lo señalado en el II Informe Bienal sobre la Realidad Universitaria en el Perú (Superintendencia Nacional de Educación Universitaria, 2020), para el año 2019 el 67.4 % de docentes contaban con el grado de magíster o doctor y solo el 32.6% con grado académico de bachiller. Recordemos que del I Informe Bienal se reportó que al año 2015 solo el 39.7% de docentes contaban con el grado de magíster o doctor, el 59.5% con grado

de bachiller y un 2.6% sin grado académico (Superintendencia Nacional de Educación Universitaria, 2018).

De lo expuesto se evidencia un gran avance en el número de docentes que vienen realizando esfuerzos para cumplir con el requisito de contar con el grado de magister o doctor para el ejercicio de la docencia superior universitaria, incrementándose el cumplimiento de dicho requisito en un 27.7% en los últimos cuatro años. Sin embargo, resulta necesario establecer si con el grado académico de magister o doctor se garantiza una educación de calidad para los estudiantes universitarios en todos los niveles, máxime que el propio marco normativo exige a las universidades contar con un mínimo de 25% de docentes a tiempo completo, quienes en cierta medida vendrían completando carga lectiva diferente a sus habilidades.

En dicho sentido, se destaca la importancia y necesidad de indagar en el aspirante a la docencia, además de su título profesional y grados académicos, el estado situacional de sus competencias, habilidades y destrezas adquiridas profesionalmente mediante cursos de posgrado o durante su desempeño profesional en el área de su especialización (Lomelí, 2016). Dicho esto, podríamos afirmar que para el ejercicio de la docencia universitaria no solo basta el grado académico de magíster o doctor sino también tener la condición de especialista en el área que se dicta, ya sea adquirida mediante la experiencia o mediante posgrado en especialización.

Peñaloza (2003), distingue los estudios de posgrado en dos áreas, la primera que engloba a los estudios diseñados en programas de especialización que conducen a la obtención de un diploma y la segunda que engloba a los estudios diseñados en programas de maestría y doctorado que conducen a un grado académico. Mientras que los programas de maestría o doctorado tienen por objeto preparar investigadores en determinada área, la especialización busca particularizar en parte una carrera profesional.

En dicho contexto, llama nuestra atención la exigencia del grado académico de magíster o doctor contenida en el artículo 82 de la Ley Universitaria en cuanto regula que, para el ejercicio de la docencia universitaria, es obligatorio poseer el grado académico de maestro o doctor, mas no estudios de especialización o perfeccionamiento.

Sin embargo, la misma norma en su artículo 43 describe a los estudios de posgrado como aquellos que conducen a diplomados, maestrías y doctorados. Define como estudios de diplomado a aquellos de perfeccionamiento profesional en áreas específicas. A los estudios de maestría los subdivide en programas de especialización y programas de investigación, definiendo al primero como estudios de profundización profesional y al segundo como estudios de carácter académico basados en la investigación. Finalmente,

respecto de los estudios de doctorado, los define como aquellos de carácter académico basados en la investigación cuyo propósito es el desarrollo del conocimiento.

Si bien compartimos y saludamos los avances alcanzados en los últimos cuatro años por los profesionales que ejercen la docencia universitaria con la obtención de los grados académicos de maestro, cabe preguntarnos si el grado obtenido guarda correspondencia con el área de especialización de la asignatura en la imparten clase. En el mismo sentido, nos preguntamos si sería necesario que los profesionales, además, cuenten con estudios de posgrado conducentes a diplomados o una comprobada experiencia profesional en el área de ejercicio docente.

2. Metodología

El diseño de la presente investigación según su finalidad es de tipo básica, pues únicamente mediante la exploración y descripción de la teoría sobre la exigencia del grado académico de magíster para el ejercicio de la docencia universitaria se pretende explorar, al interior de la carrera profesional de derecho de una universidad privada, si el grado académico de maestría que ostentan sus docentes se encuentra dentro del área de la asignatura que imparte clase.

En cuanto al tratamiento de los datos, si bien la presente investigación toma aspectos observables y susceptibles de cuantificación basados en datos académicos de 15 docentes y su relación con las asignaturas a su cargo, estos últimos son cualificados en razón que se requiere conocer la clase de maestría que ostenta cada profesional que ejerció la docencia universitaria durante el semestre académico 2018-II.

Se utilizó el método de observación mediante una lista de cotejo para clasificar y procesar la información de cada uno de los docentes que se encuentran en la carga lectiva del periodo 2018-II de la carrera profesional de derecho. Estos fueron cotejados con la base de datos pública de grados y títulos del portal de la Superintendencia Nacional de Educación Universitaria.

Para el análisis de la información utilizó estadística descriptiva, específicamente valores cualificados o categorías de cada docente.

En la investigación realizada se identificaron dos categorías apriorísticas, la primera referida a los requisitos para el ejercicio de la docencia universitaria, y la segunda a los profesionales en derecho que impartieron clase en periodo académico 2018-II en la carrera profesional de derecho en una universidad privada de Lima.

3. Resultados

En principio es necesario resaltar que, por razones de reserva, los quince docentes que ejercieron la docencia en la carrera de derecho en el periodo académico 2018-II han sido codificados describiendo el grado académico que ostentaron al mes de agosto del año 2018, periodo en el que ejercieron la docencia universitaria en la carrera de derecho de una universidad privada del medio. A continuación, la Tabla 1 abordará el conjunto mencionado.

Tabla 1

Grado académico de magíster de cada docente

Nº	Código	Denominación del grado académico
1	Abcae	Magíster en gestión del talento humano
2	Asaga	Maestro en derecho penal
3	Beted	Sin grado académico de magíster o maestro
4	Cayag	Magíster en derecho procesal
5	Escej	Maestro en derecho empresarial
6	Esraj	Título oficial de máster universitario en derecho público
7	Fatuh	Máster en tributación y política fiscal
8	Flpuj	Magíster en gestión pública
9	Gomer	Magíster en administración estratégica de empresas
10	Mechf	Magíster en finanzas y derecho corporativo
11	Mipek	Maestro en derecho penal
12	Roarm	Maestro en derecho procesal
13	Ropae	Maestro en ciencias de la educación con mención en docencia universitaria
14	Ruboa	Máster en derecho penal y procesal penal
15	Sobej	Maestro en derecho constitucional y derechos fundamentales

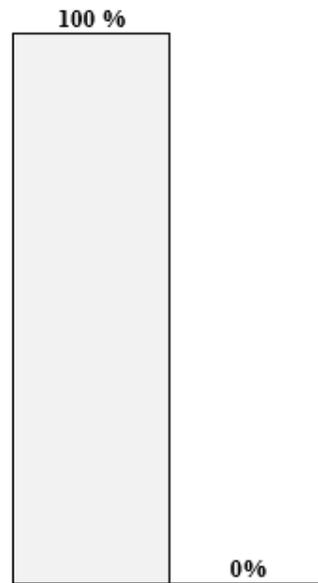
Nota. La denominación del grado académico de magíster o maestro ha sido obtenida del registro nacional de grados académicos y títulos profesionales de la Superintendencia Nacional de Educación Universitaria (<https://enlinea.sunedu.gob.pe/>). En el dominio público.

Se observa que 14 de los 15 profesionales que ejercieron la docencia en el semestre 2018-II, contaban con el grado de magíster o maestro, de los cuales 9 de ellos obtuvieron el grado académico en alguna especialidad relacionada con el derecho, mientras que los otros 5 obtuvieron su grado académico en un área diferente, tales como gestión del talento

humano, tributación y política fiscal, educación con mención en docencia universitaria, administración estratégica de empresas y gestión pública. De los 9 profesionales con grado académico de magíster o maestro en derecho, 3 de ellos cuentan con maestría en la especialidad de derecho penal, 2 en derecho procesal, 2 en derecho empresarial y corporativo, 1 en derecho constitucional y derechos fundamentales y 1 en derecho público. Asimismo, respecto de los 14 profesionales con grado académico de magíster o maestro, realizaron sus estudios en programas de maestría en un área especializada mas no en el área de investigación, tal y como se aprecia en la Figura 1.

Figura 1

Grado académico de magíster o maestro según especialización o investigación



Nota. El 100% de docentes con grado académico de magíster o maestro que representa el 93.4% del total, realizó estudios conducentes a dicho grado académico mediante programas de especialización.

Es posible advertir en la Tabla 2 que la especialidad del grado académico de magíster o maestro que ostentan los docentes es irrelevante respecto de las asignaturas que se programaron en el semestre académico 2018-II.

Tabla 2

Asignaturas versus maestrías

Denominación de asignaturas	Correlación docente con asignatura asumida en el semestre 2018-II														
Derecho civil 1 personas	0														
Derecho constitucional y teoría del estado (*)	0					0									
Derecho procesal penal I (*)		0										1			
Marcos: negociación, conciliación y arbitraje			0												
Teoría general del proceso				1											
Derecho administrativo 1					0			0							
Derecho romano (**)					0										
Derecho empresarial 2 y títulos valores						1									
Derecho civil II (acto jurídico)							0								
Derecho civil 4 (obligaciones)							0								
Derecho procesal civil I							0								
Lógica jurídica								0							
Introducción al derecho (*)									0				0		
Derecho empresarial I										0					
Derecho administrativo II											0				
Derecho civil 3 reales												0			
Derecho penal II														1	
Derecho procesal constitucional														0	
Derecho constitucional peruano y derechos humanos															1
Código docente	Abcae	Asaga	Beted	Cayag	Escej	Esraj	Fatuh	Flpuj	Gomer	Mechf	Mipek	Roarn	Ropae	Ruboa	Sobej

Nota. Sólo 5 de los 15 docentes cubrieron asignaturas relacionadas con la especialización de la maestría. (*) Asignatura con 2 secciones. (**) Asignatura con 3 secciones.

En la Tabla 2 se describen las asignaturas que se programaron en el semestre académico 2018-II en la carrera de derecho, las que se han contrastado con cada uno de los docentes que asumieron el dictado de dichas asignaturas y considerando la especialidad del grado académico de magíster se puede apreciar la coincidencia entre la especialidad del grado académico y la especialidad de la asignatura asumida e impartida.

4. Discusión

Los resultados determinan que en el periodo lectivo del semestre académico 2018-II, la carrera de derecho de una universidad privada con sede en la ciudad de Lima cumplió con el segundo componente de la quinta condición básica de calidad referida a la disponibilidad de personal docente calificado. Ocurrió lo mismo con la disposición contenida en el artículo 82 de la Ley Universitaria, referida a los requisitos exigibles para el ejercicio docente en el nivel de pregrado.

Esta interpretación significa que la carrera profesional de derecho de la universidad privada con sede en la ciudad de Lima dispone de docentes calificados que garantizan la calidad académica. Sin embargo, debemos tener en cuenta que, conforme señala Clavijo (2018), el grado de maestría no es garantía que un profesional se constituya como un docente calificado para la enseñanza universitaria. Lo que en realidad define a un docente calificado son sus habilidades y capacidades profesionales en el área que realiza el proceso de enseñanza-aprendizaje.

En un mismo sentido, Valerio y Rodríguez (2017), precisan que un docente calificado debe tener la capacidad de explicar los conocimientos teóricos y relacionarlos con ejemplos reales obtenidos a través de su experiencia profesional. Esto implicaría que el grado de magíster no constituye un estándar relevante para determinar la calidad del proceso de enseñanza aprendizaje o que determinado programa profesional cuenta con docentes calificados.

Resulta necesario recordar que, conforme nos relata Peñaloza (2003), los estudios consistentes en programas de especialización que conducen a la obtención de un diploma permiten al profesional formarse en experto o particularizarse en determinada área de su carrera. Así, un abogado con especialización pasa a ser especialista en familia, derecho penal, derecho de la propiedad intelectual, etc.

En tal orden de ideas, considerando lo establecido en el artículo 43 de la Ley Universitaria, se infiere que determinado profesional en nuestro país adquiere la condición de especialista con del grado académico de magíster o maestro que ostenta. Este es un hecho que las universidades deberían considerar al asignar la carga lectiva, pues resulta contradictorio programar en la asignatura de derecho civil un profesional con grado de maestría en derecho penal, o en la asignatura de derecho constitucional un profesional grado de maestría en gestión pública.

En relación a lo expuesto precedentemente, en la Tabla 2 se muestra que solo 5 de los 15 docentes que dictaron alguna asignatura se relaciona con la especialidad del grado

de maestría que ostentan. Así tenemos, por ejemplo, al profesional con código Abcae con grado académico de magíster en gestión del talento humano, impartió docencia en la asignatura de Derecho civil 1 personas, evidenciándose que la especialidad de la maestría del docente no guarda relación con los contenidos de la asignatura de derecho de las personas. Distinto es el caso del profesional con código Cayag que impartió la asignatura de Teoría General del Proceso, quien ostentaba el grado de magíster en la especialidad de Derecho Procesal.

Consecuencia de lo expuesto es posible inferir que, si bien las universidades vienen cumpliendo con la exigencia de contar con docentes con el grado académico de magíster o maestro, ello no implica que dicho estándar garantice una educación de calidad para los estudiantes, más aún cuando la propia norma ha establecido la existencia de dos clases de maestría, las de especialidad y las de investigación.

En conclusión, si las universidades tienen como finalidad garantizar una educación de calidad, deben exigir entre sus docentes contar con el grado académico en la especialidad de la asignatura en la que imparten clase.

Referencias

- Clavijo, D. (2018, abril). Competencias del docente universitario en el siglo XIX. *Espacios*, 39(20). <https://www.revistaespacios.com/a18v39n20/a18v39n20p22.pdf>
- Congreso de la República del Perú. (2014, 09 de julio). Ley N. 30220. Ley Universitaria. Diario oficial El Peruano, 527213 (pp.527213-527233). <http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/Leyes/30220.pdf>
- Estacio, M. y Medina, P. (2020, marzo). Rol del docente para la formación en investigación: reto pendiente de la educación peruana. *Maestro y sociedad*, 17(2). <https://maestrosociedad.uo.edu.cu/index.php/MyS/article/view/5172>
- Lomelí, C. (2016). El perfil del docente en la universidad del siglo XXI. En J. Velásco y M. Páez (Ed.), *Los retos de la docencia ante las nuevas características de los estudiantes universitarios* (pp. 66-77). Ecorfan.
- Organización de las Naciones Unidas. (2016). Marco conceptual para la evaluación de las competencias. Organización de las Naciones Unidas. http://www.ibe.unesco.org/sites/default/files/resources/ipr4-roegiers-competenciesassessment_spa.pdf
- Organización de las Naciones Unidas. (2018). Educación para los objetivos de desarrollo sostenible. UNESDOC. Biblioteca digital. <https://unesdoc.unesco.org/>

ark:/48223/pf0000252423?posInSet=1&queryId=68776388-e993-4073-ac40-c4cb5e9709b5

- Peñaloza, R. (2003). Políticas y enfoques del currículo y la didáctica para el posgrado en el Perú. En O. García (Ed.), *Hacia una nueva universidad en el Perú* (pp. 145-153). Fondo Editorial de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
- Superintendencia Nacional de Educación Universitaria. (2016). El modelo de licenciamiento y su implementación en el sistema universitario peruano. Superintendencia Nacional de Educación Universitaria. <https://www.sunedu.gob.pe/condiciones-basicas-de-calidad-2/>
- Superintendencia Nacional de Educación Universitaria. (2018). I informe bienal sobre la realidad universitaria en el Perú. Superintendencia Nacional de Educación Universitaria. <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/747830/Informe-Bienal-sobre-realidad.pdf>
- Superintendencia Nacional de Educación Universitaria. (2020). II informe bienal sobre la realidad universitaria en el Perú. Superintendencia Nacional de Educación Universitaria. https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1230044/INFORME_BIENAL-2020_compressed.pdf
- Valerio, G. y Rodríguez, M. (2017, enero). Perfil del profesor universitario desde la perspectiva del estudiante. *Innovación educativa*, 17(48). <http://www.scielo.org.mx/pdf/ie/v17n74/1665-2673-ie-17-74-00109.pdf>



LA AUSENCIA DE PLAZOS PROPIOS DEL PROCESO DE HÁBEAS DATA Y LA TUTELA PROCESAL EFECTIVA

*Percy Holter Baldeon Ferrer**

Ministerio Público

baldeon30@hotmail.com

Resumen: La razón de una investigación está circunscrita al campo teórico y práctico, cuya necesidad está vinculada a la actualización científica, y como todo conocimiento científico está en constante cambio conforme al avance de la ciencia y tecnología, permite desarrollar determinadas investigaciones, tal es el caso del presente trabajo.

El Hábeas Data (que resguarda el derecho de acceso a la información pública y a la autodeterminación informativa), en estos últimos días, ha venido siendo pasible de frecuentes cuestionamientos, sobre todo por la inexistencia de los plazos propiamente, asimismo, la pertinencia de mantener su presencia en los ordenamientos jurídicos como procesos constitucionales autónomos y eficientes.

Al respecto, podemos advertir, que en la doctrina también se han generado corrientes, sobre la inexistencia de los plazos propios de Hábeas Data en el código procesal constitucional, ya que los operadores de justicia constitucional, muchas veces se generan confusiones, en estos 2 procesos constitucionales, acción de amparo y Hábeas Data. Por lo que, existe la necesidad de positivizar una normatividad estricta que regule los plazos propiamente en el proceso constitucional de Hábeas Data y, de ese modo, la tutela procesal efectiva pueda ser respetada por los operadores de justicia y los mismos litigantes.

Palabras clave: Proceso Constitucional de Hábeas Data, modificatoria del código procesal constitucional, debido proceso, tutela procesal efectiva, autoridades, personas, libertad de información, sanción.

THE ABSENCE OF DEADLINES SPECIFIC TO THE HABEAS DATA PROCESS AND EFFECTIVE PROCEDURAL PROTECTION

* Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Federico Villarreal. Magíster en Derecho Constitucional en la misma Universidad, es conferencista en materias de Derecho Procesal Penal y Constitucional. Actualmente se desempeña como fiscal provincial penal en el Distrito Fiscal de Ucayali.

Abstract: The reason for an investigation is confined to the theoretical and practical field, the need is linked to scientific update, and like all scientific knowledge is constantly changing according to the advancement of science and technology, can develop specific research, as in the case of this work.

The Hábeas Data, which especially protects the right to the protection of personal data; these last days, has been being liable to frequent questions, especially the lack of proper limits of Hábeas Data, also the relevance of maintaining its presence in the legal systems as autonomous and efficient constitutional processes.

In this regard, we can see that the doctrine has also generated currents to the absence of own deadlines for Hábeas Data in procedural code Constitution, as operators of constitutional justice, often confusions are generated in these 2 processes constitutional amparo and Hábeas Data. So, there is need for strict regulations positivize deadlines governing itself in the constitutional process of Hábeas Data, and thus effective judicial protection, to be respected by the judicial officers and the same parties.

Keywords: Constitutional Process Hábeas Data, Constitutional amending procedure code, Due process, Effective judicial protection, Officials, People, Freedom of information, Penalty.

1. Introducción

El Hábeas Data es un proceso judicial de carácter constitucional que tiene como finalidad proteger el derecho de las personas de acceder a determinada información por parte de cualquier entidad pública y el derecho a que los bancos de información (públicos o privados) no suministren informaciones que afecten a la intimidad personal y familiar.

Lo puede presentar el mismo afectado o cualquier otra persona en su nombre; si el juez comprueba que, efectivamente, se está atentando contra estos derechos, ordena que se permita acceder a la información denegada al demandante o, en su caso, se proceda a impedir que se suministre determinada información.

Pues una conclusión de pronto preliminar, nos conduce a ratificar la necesidad de contar con un mecanismo normativo respecto de los plazos propiamente del proceso constitucional de Hábeas Data, que permita garantizar la defensa de los derechos expresados precedentemente.

Consideramos, en otras palabras, que, a través de la implementación de regulación respecto de los plazos, estrictamente para el Hábeas Data, ello no solo conduce a la eficiencia del proceso de Hábeas Data, sino también, permitirá respetar el debido proceso y la tutela procesal efectiva.

En este sentido la presente investigación está conformada por los siguientes apartados:

- Planteamiento del Problema, cuyo objetivo principal es establecer los plazos en el proceso constitucional de Hábeas Data, a fin de respetar la tutela procesal efectiva, permitiendo sancionar a las autoridades o personas que vulneran la libertad de información.
- Marco teórico y sus antecedentes, teorías generales, bases teóricas especializadas, marco conceptual y las hipótesis.
- Método, tipo de investigación, diseño de la investigación, variables, población, muestra, técnicas de la investigación y sus instrumentos de recolección de datos.
- Presentación de resultados, contrastación de la hipótesis, análisis e interpretación de la tesis.
- Por último, la discusión, conclusiones, recomendaciones y referencias bibliográficas. Asimismo, los anexos correspondientes.

2. Antecedentes

La presente investigación surge como un proceso constitucional especializado, para la protección de ciertos derechos en relación a la libertad informática, sus antecedentes genéricos básicos podemos remontarlos a los intentos por preservar esferas personales de injerencias o perturbaciones externas no deseadas, a fin de garantizar la privacidad o intimidad personal. De allí se evolucionaría luego hasta llegar a la protección frente a los riesgos del almacenamiento, registro y utilización de datos.

Conforme señalan Ekmekdjian y Pizzolo, el desarrollo conceptual del derecho a la intimidad personal o *right of privacy*, tiene lugar en la experiencia de los Estados Unidos y en el Reino Unido, desde finales del siglo XIX. Un punto crucial en este itinerario fue la definición del derecho a la privacidad como *the right to be let alone*, es decir, el “derecho a ser dejado en soledad” (sin ser molestado o perturbado) elaborada por el juez Cocley. Este concepto fue desarrollado por los juristas norteamericanos Warren y

Grandeis, buscando proteger a la persona frente a datos o actos de índole personal que se ponen en conocimiento del público o de terceros sin el consentimiento del afectado.

Tiempo después, aproximadamente desde 1960 y como reacción al vertiginoso desarrollo tecnológico que se traduce en nuevos sistemas informáticos, tanto en los Estados Unidos como en Gran Bretaña se empiezan a promover proyectos legislativos. Estos dieron un nuevo giro o extensión al concepto de derecho a la privacidad, se refieren a la protección de la libertad y esfera personal frente a posibles excesos del registro informatizado o difusión de datos e informaciones vinculadas a aspectos reservados o íntimos.

Se llegó así, finalmente, a la *Privacy Act* norteamericana del 31 de diciembre de 1974, a la *Data Protection Act* británica de 1984, y a la Ley Orgánica de mayo de 1992 en España, denominada “Regulación del tratamiento automatizada de datos”.

Anivel de los textos constitucionales, la Carta de Portugal de 1976 estableció, en su art. 35, el derecho del ciudadano a lo siguiente: a) Conocer las informaciones que le conciernen almacenadas en archivos, su finalidad y la posibilidad de rectificarlas o actualizarlas; b) a que la información no sea utilizada para el tratamiento de datos “sensibles”, referentes a convicciones políticas, religiosas o a asuntos de la vida privada, salvo que se trate de datos no identificables personalmente, con fines meramente estadísticos; c) a que no se atribuya a los ciudadanos un número nacional único de identificación.

La Constitución Española de 1978 estableció, en su art. 18.4, que “la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”. A su vez, en su art. 105, b), asegura “el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de la persona”.

En el ámbito latinoamericano, fue la Constitución Brasileña de 1988, en su art. 5, inc. LXXII, la primera en abordar estos temas, pero sobre todo también la primera en “bautizar” constitucionalmente al instituto del Hábeas Data. Dicha norma dispone que: “Se concederá Hábeas Data: a) Para asegurar el conocimiento de informaciones relativas a la persona de quien lo pide, que consten en registros o bancos de datos de entidades gubernamentales o de carácter público; b) Para la rectificación de datos, cuando no se prefiera hacerlo en proceso reservado judicial o administrativo”. El nombre Hábeas Data fue tomado de la Ley 824 del Estado de Río de Janeiro.

La Constitución Colombiana de 1991, ha establecido en su art. 15 que todas las personas tienen derecho a la intimidad personal y familiar y a su buen nombre, con la obligación del estado de respetarlos y hacerlos respetar. Agrega luego:

De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas.

En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución.

En el ordenamiento constitucional peruano es un hecho particularmente reciente y novedoso. Es en la constitución de 1993 (vigente desde el 31 de diciembre de dicho año) donde se estableció, en su artículo 200, inc. 3, dentro del Título que regula las Garantías Constitucionales, la “Acción de Hábeas Data” como el instrumento para la protección de los siguientes derechos:

- A solicitar y obtener información de entidades públicas (art. 2, inc. 6);
- A que los servicios informáticos- públicos o privados no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar (art. 2, inc. 6);
- Al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar, a la voz y la imagen propias, a rectificar las afirmaciones inexactas o agravantes difundidas por un medio de comunicación social. (art. 2, inc. 7)

Sin embargo, en 1995 se produjo una reforma constitucional mediante Ley N° 26470, eliminando del ámbito de protección del Hábeas Data el derecho a la rectificación en los medios de comunicación (art. 2, inc. 7), con lo cual se daba a entender que no formaban parte de la función de tutelar del Hábeas Data, los derechos de la persona como ser libre (honor, buena reputación, intimidad, voz e imagen propias) cuando hubieran sido objeto de afectación por los diferentes medios de comunicación social. A partir de ese momento, el ámbito de protección de estos derechos quedó enlazado al amparo.

3. Descripción del problema

La Administración de Justicia, conformada por los órganos jurisdiccionales y el Tribunal Constitucional, presenta entre sus falencias un poco número de jueces entre los cuales pocos son especialistas en derecho constitucional. Sumado a ello, tenemos la poca

cultura de paz del ciudadano promedio que lo hace proclive a interponer demandas de forma indiscriminada, generándose con ello una inmensa carga procesal que hace difícil el cumplimiento de los plazos de los trámites judiciales.

En el caso específico de los procesos de Hábeas Data, a pesar de ser el proceso constitucional de menor antigüedad, vemos a litigantes usándolos mediante demandas deficientemente planteadas y magistrados calificándolas pensando más en aligerar su carga que en resolver el conflicto.

Siendo el acceso a la información pública un derecho fundamental de vital importancia para el control de las autoridades en el cumplimiento de sus funciones, debe dársele al Hábeas Data, el tratamiento adecuado por la naturaleza de los derechos que defiende.

Es importante destacar que actualmente el Hábeas Data, en el distrito judicial de Lima, se revuelve en promedio en dos a tres años, pudiendo así ponerse en peligro el fundamental derecho de acceso a la Información Pública.

Frente a la problemática planteada se ha determinado que la investigación corresponderá al espacio geográfico del Distrito Judicial de Lima, la muestra corresponde a los Juzgados Constitucionales y abarca el período de tiempo desde enero del 2008 hasta diciembre del 2010.

Según las estadísticas manejadas por el SPIJ del Ministerio de Justicia y la Base de Datos del poder Judicial, el uso del proceso Constitucional de Hábeas Data viene incrementándose año tras año, aumentando el número de Juzgados que han emitido sentencias declarándolos fundados.

En tanto, considerando que el solo aumento del uso de este proceso no es suficiente indicativo para medir el interés del Estado en garantizar el derecho de Acceso a la Información Pública, uno de los principales derechos protegidos por el Hábeas Data, sino también el interés de facilitar y viabilizar su procedimiento por su carácter sumarísimo y que, al igual que el Habeas Corpus, no requiere incluso de la firma de un letrado. Pese a ello, actualmente los procesos de Hábeas Data en promedio toman de dos a cuatro años de resolverse su trámite, convirtiéndose así en largo, engorroso y tedioso, desnaturalizándose su esencia y finalidad, debido a que fue creado para controlar y exigir la información negada por funcionario público o particular de una base de datos pública, con la sola excepción de aquella que efectúe el derecho a la intimidad, el secreto militar y la expresamente señalada en la Ley de la Materia (Ley de Acceso a la Información Pública).

Otro indicativo que muestra la falta de conocimiento y difusión de este proceso necesario para garantizar el derecho de acceso a la Información Pública, es que según la base de datos del ministerio de Justicia (SPIJ) y del poder Judicial solo en Lima se concentra más del 80 % de las demandas presentadas, mientras en el resto del país se tramitan el 20 %, quizás esta sea una de las razones por las cuales aún no se han creado juzgados constitucionales en dichos lugares, motivándose así decisiones muchas veces arbitrarias, tales como rechazar una demanda de Hábeas Data por no haber agotado la vía previa o administrativa cuando dicha regulación ya fue establecida por el Art. 62 del Código Procesal Constitucional, señalando expresamente dicha norma que el Hábeas Data no requiere agotar la vía previa para su interposición. Bastará solo solicitar la información mediante documento de fecha cierta y si en un plazo de 10 días el solicitado no se pronunciara quedará expedito el derecho del solicitante a recurrir a este proceso.

El Hábeas Data, no es dirigido solo contra entidades públicas, cuando también dicho proceso puede ser promovido contra cualquier persona renuente a entregar datos de una base pública. La poca ayuda en este sentido por parte de los juzgados contribuye a elevar el número de procesos que conoce el Tribunal Constitucional al punto que actualmente resuelve sus casos en vía de recurso de agravio constitucional en un lapso no menor de un año, sumado a ello un año que debe esperar el litigante para que dicho caso llegue a esta instancia luego de haber sido rechazado en el juzgado constitucional y en la Sala Civil.

Otro problema que existe en el trámite del Hábeas Data es la inexistencia de plazos propiamente para este tipo de procesos, que lamentablemente algunos juzgados continúan confundiéndolo con el proceso de Acción de amparo, restringiendo y limitando el eficaz funcionamiento del proceso de Hábeas Data.

De más tenemos las actitudes poco honestas de procuradores y abogados particulares que al conocer la eficacia y contundencia legal de este extraordinario proceso constitucional, solo se dedican a presentar medios dilatorios, aprovechándose de la falta de plazos propios del Hábeas Data.

Por la amplitud del trabajo de investigación tomaremos una muestra dentro del Distrito Judicial de Lima en los periodos 2018 al 2020, a fin de poder evaluar cómo se viene llevando los trámites de este proceso, con el fin de aportar bajo la modificación del código procesal constitucional respecto de los plazos propios del Hábeas Data, lo cual permitirá mejorar y así contribuir con la garantía del derecho de Acceso a la Información Pública y el de autodeterminación informativa.

4. El proceso constitucional de Hábeas Data

4.1. Naturaleza jurídica del Hábeas Data

Según el tratadista Mesías (2008), el proceso constitucional de Hábeas Data tiene triple naturaleza jurídica:

- **Es una garantía:** El Hábeas Data es una garantía (Derecho Humano) de tercera generación, un instrumento procesal para la protección de determinados derechos humanos.
- **Es una acción:** Esto se debe a que no es un medio impugnativo o incidente dentro de un proceso determinado.
- **Es un Proceso:** Es un conjunto sistematizado de actos jurídicos procesales sucesivos concatenados entre sí.

4.2. Doctrina constitucional

4.2.1. *Ámbito de aplicación*

Dentro del ámbito de aplicación o derechos protegidos por el Hábeas Data tenemos:

- De acceso a la información pública, consagrado en el inciso 5) del artículo 2º de la Constitución.
- A la autodeterminación informativa, consagrado en el inciso 6) del artículo 2º de la Constitución, a fin de impedir que los bancos de datos públicos o privados, computarizados o no, afecten la intimidad personal, la propia imagen o cualquier otro derecho constitucional a consecuencia de un uso abusivo del poder informativo. (Castillo Córdova, 2003)

Al respecto, el artículo 61 del Código Procesal Constitucional señala que:

... el Hábeas Data procede en defensa de los derechos constitucionales reconocidos por los incisos 5) y 6) del artículo 2º de la Constitución. En consecuencia, toda persona puede acudir a dicho proceso para:

- a) Acceder a información que obre en poder de cualquier entidad pública, ya sea que se trate de las que generen, produzcan, procesen o posean, incluida la que obra en expediente terminados o en trámite, estudios, dictámenes, opiniones, datos estadísticos, informes técnicos y cualquier otro documento

que la administración pública tenga en su poder, cualquiera que sea su forma expresión, ya sea gráfica, sonora, visual, electromagnética o que obre en cualquier otro soporte material e informático.

- b) Conocer, actualizar, incluir y suprimir o rectificar la información o datos referidos a su persona que se encuentren almacenados o registrados en forma manual, mecánica o informática, en archivos, bancos de datos o registros de entidades públicas o privadas, que brinden servicios o acceso a terceros. Asimismo, a hacer suprimir o impedir que se suministren datos o informaciones de carácter sensible o privado que afecten derechos constitucionales.

La explicación exegética que hace el Tratadista Mesía, sobre el primer rubro, refiere al derecho de toda persona a informarse, a conocer los asuntos de interés público y el de participar en el control del poder político. Tiene uno de sus principales complementos en el derecho de acceso a la información que se guarda en los documentos públicos. Sin este acceso los hombres quedan expuestos a errores, la ignorancia y la desinformación. Por lo tanto, se hace difícil la existencia de una sociedad democrática si las personas no tienen acceso a todos esos medios donde se reúnen la información pública. Solo en forma transitoria y excepcional dicha información puede quedar al margen del conocimiento público, es decir, cuando se trata de información que afecta la intimidad personal, la seguridad nacional u otras que expresamente hayan sido excluidas por ley (García Belaunde, 1994).

Por nuestra parte, consideramos que no solo la intimidad personal, la seguridad nacional sean justificaciones para asegurar las informaciones del conocimiento público; sino que, para nuestro caso, en materias procesales debe quedar al margen de todo conocimiento, principalmente de los medios de comunicación: televisión, radio, periódico, etc., debido a que en muchos casos no se ciñen a la veracidad ni a la objetividad de la información que difunden en sus programas noticieros, situación que conlleva a generar una opinión equivocada o sesgada, sin ningún fundamento jurídico ni doctrinal.

En consecuencia, se afecta el normal desarrollo del proceso judicial que se materializa en la afectación al debido proceso. Con ello no queremos decir que los medios de comunicación no deben cumplir su rol fundamental de fiscalización permanente, sino que se basen en los conocimientos de un periodismo de investigación.

Por otro lado, el mismo autor, señala que el derecho de acceso a la información pública tiene una doble dimensión:

- a. Es un derecho individual, en el sentido de que garantiza que nadie arbitrariamente sea impedido de acceder a la información que guardan, mantienen o elaboran las diversas instituciones y organismos que pertenecen al Estado, sin más limitaciones que aquellas que se han previsto como constitucionalmente legítimas.
- b. El inc. 5 del art. 2 de la Constitución, proclama que “toda persona tiene derecho a solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido...”. En el marco regulatorio de este artículo, entidad pública, es toda dependencia del Estado, sea del gobierno central, regional o local. También lo es cualquier otra entidad estatal con personería de derecho público.

Sobre el segundo rubro, en opinión de Frosini (como se citó en Mesía, 2019, p. 27), el avance tecnológico ha influido notablemente sobre este derecho, ya que la computación y la llamada inteligencia artificial han dado lugar a la existencia de acumulaciones ilimitadas de informaciones, las mismas que se han convertido en una amenaza al derecho a la información personal (Castillo Córdova, 2003).

4.3. Derechos protegidos

En la actualidad, el proceso de Hábeas Data protege solamente los derechos fundamentales comprendidos en los incisos 5 y 6 del artículo 2 de la Constitución. Por otro lado, han sido desarrollados por la Ley N° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, cuyo texto único ordenado (TUO) fue aprobado a través del Decreto Supremo N° 043-2003-PCM, de fecha 24 de abril de 2003. Su objetivo principal es de promover la transparencia de los actos del Estado, toda vez que el mantenimiento de la cultura del secreto en todos los ámbitos de la administración estatal entorpece el proceso de democratización del país al no permitir una correcta participación ciudadana y fiscalización por parte de los ciudadanos respecto de los actos de gobierno (García Belaunde, 1994).

El Hábeas Data es un proceso constitucional que tiene por objeto la protección de los derechos reconocidos en los incisos 5 y 6, del artículo 2 de la Constitución, según los cuales establecen que “toda persona tiene derecho a solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, en el costo que suponga de causa la información que requiera ...”.

Señala, además, “que los servicios informativos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar”, respectivamente. Por lo que el Hábeas Data protege los siguientes derechos.

- **El derecho de acceso a la información pública**

Sobre el derecho de acceso a la información Pública, tenemos que “...la finalidad del demandante es acceder al conocimiento de un dato de carácter público, que considere de su interés y que se encuentre en posesión de la autoridad estatal” (García Belaunde, 1994).

Según el jurista Valle-Riestra y otros, citando la jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional (Exp. N° 0905-2001-AA/TC), el derecho de acceso a la información pública

... evidentemente se encuentra estrechamente vinculado a uno de los contenidos protegidos por la libertad de información. Al igual de lo que sucede con esta última, debe indicarse que el derecho de acceso a la información pública tiene una doble dimensión:

Como un derecho individual, en el sentido que garantiza que nadie sea arbitrariamente impedido de acceder a la información que guarden, mantengan o elaboren las diversas instancias y organismos que pertenezcan al Estado, sin más limitaciones que aquellas que se han previsto como constitucionalmente legítimas. A través de este derecho se posibilita, que los individuos aisladamente considerados, puedan trazar de manera libre su proyecto de vida, pero también el pleno ejercicio de sus derechos fundamentales. Desde este punto de vista, en su dimensión individual, “el derecho de acceso a la información se presenta como un presupuesto o medio para el ejercicio de otras libertades fundamentales, como puede ser la libertad de investigación, de opinión o de expresión, por mencionar alguna” (García Belaunde, 1994).

Como un derecho colectivo, ya que garantiza el derecho de todas las personas a recibir información necesaria y oportuna, con el fin de que pueda formarse una opinión pública, libre e informada, presupuesto de una sociedad auténticamente democrática. Desde este punto de vista, “la información sobre la manera como se maneja la res pública termina convirtiéndose en un auténtico bien público y colectivo, que ha de estar al alcance de cualquier individuo, no sólo con el fin de posibilitar la plena eficacia de los principios de publicidad y transparencia

de la administración pública, en los que se funda el régimen republicano, sino también como un medio de control institucional sobre los representantes de la sociedad; y también desde luego, para instar el control sobre aquellos particulares que se encuentran en la capacidad de inducir o determinar conductas de otros particulares o, lo que es más grave en una sociedad con lo que nos toca vivir, su misma subordinación”.

En consecuencia, concordando con la opinión del Tribunal Constitucional, el derecho de acceso a la información pública, es consustancial a un régimen democrático, ya que este derecho en referencia, no solo constituye una concretización del principio de dignidad de la persona humana, sino también como un potente esencial de las exigencias propias de una sociedad democratizada, debido a que su ejercicio posibilita una formación libre y racional de la opinión pública (principio de publicidad de la actuación estatal). Cabe mencionar, también, que en nuestra sociedad peruana actual estamos en un proceso de democratización en el ejercicio de estos derechos, puesto que existen obstáculos que impiden su pleno ejercicio por diversas razones y circunstancias de índole económico-político como son la desigualdad económica, el autoritarismo de los gobernantes, etc. (Castillo Córdova, 2003).

- **El derecho de actualización de la información**

Está referido a la información que se encuentra consignado en un banco de datos sobre cada uno de las personas. El objetivo es evitar se siga tomando en cuenta como verdadera o vigente una situación actualmente inexistente, pues se considera que el no hacer notar este cambio dentro del actual estado de cosas puede ocasionar graves perjuicios a la persona cuya información no ha sido puesta al día. Verbigracia, en aquellos casos vinculados a personas que en su momento fueron requisitorias y que debido a ello continúan apareciendo en los registros judiciales y/o policiales en esa misma situación, a pesar de que dichas personas ya cumplieron con ponerse oportunamente a derecho (García Belaunde, 1994).

- **El derecho de corrección o modificación**

Mientras el objetivo de la actualización de la información está dirigido a poner al día los datos que puedan tenerse a cerca de una persona, con la corrección o modificación se busca la eliminación falsa de datos, que ni antes ni ahora se ajustan a la verdad. Es aplicable a este derecho el Hábeas Data rectificador o correctivo, invocando el principio de calidad o fidelidad de la información.

- **El derecho a la confidencialidad de la información**

El rol de Hábeas Data es evitar que los datos que libremente facilitamos para ser incluidos en un fichero sean trasladados sin nuestro consentimiento a otros bancos de datos. Puesto que la información personal

... no por el hecho de que la información de la intimidad personal tenga un valor económico deja de tener fundamentalmente valores personales (éticos). La formación personal forma parte de la intimidad individual, para decidir dentro de cierto límite, cuándo y qué información puede ser objeto de procesamiento automatizado ... La protección del derecho a la intimidad contra el uso de un tratamiento automatizado de datos no se plantea exclusivamente como consecuencia de problemas individuales sino que también expresan conflictos que incluyen a toda la comunidad, tanto nacional como internacional. La idea de la persona titular de datos (el afectado) es que tiene el interés como parte de un grupo, en controlar el tratamiento automatizado de datos. (Castillo Córdova, 2003, p. 42)

La defensa de la intimidad puede ser el género que amplía las fronteras del Hábeas Data, pero el derecho a la privacidad resulta más adecuado para recibir los bienes a tutelar en el proceso.

- **El derecho a la exclusión de la información sensible**

Son aquellos datos mediante los cuales pueden determinarse aspectos considerados básicos dentro del desarrollo de nuestra personalidad, aspectos que si son puestos en conocimiento de la opinión pública sin nuestro consentimiento, podrían provocarnos daños irreparables, estimándose como información sensible a toda aquella relacionadas con datos íntimos, militancia política, opción religiosa o condiciones de [salud](#). La confidencialidad de la información, como señala Chaname Orbe.

El objetivo es el de conseguir la eliminación de toda información “sensible” de cualquier banco de datos, salvo que una prescripción legal debidamente fundamentada o el mismo carácter del banco de datos lo impidan.

- **El derecho a la autodeterminación informativa**

Está reconocido en el Inc. 6) del Art. 2 de la C.P.E. Tiene por objeto proteger la intimidad personal o familiar, la imagen y la identidad frente al peligro que representa el

uso y la eventual manipulación de los datos a través de los ordenadores electrónicos. Por otro lado,

... aunque su objeto sea la protección de la intimidad, el derecho a la autodeterminación informativa no puede identificarse con el derecho a la intimidad, personal o familiar, reconocido, a su vez, por el Inc. 7) del mismo Art. 2 de la Constitución. Ello se debe a que mientras éste protege el derecho a la vida privada, esto es, el poder jurídico de rechazar intromisiones ilegítimas en la vida íntima o familiar de las personas, aquel garantiza la facultad de todo individuo de poder preservarla controlando todo el registro, uso y revelación de datos que les conciernen. (García Belaunde, 1994)

Tampoco el derecho a la autodeterminación informativa debe confundirse con el derecho a la imagen, que protege básicamente la imagen del ser humano, derivada de la dignidad de la que se encuentra investido; mientras que el derecho a la autodeterminación informativa, en este extremo, garantiza que la persona sea capaz de disponer y controlar el tipo de datos que sobre él se hayan registrado, a efectos de preservar su imagen derivada de su inserción en la vida en sociedad.

También se diferencia del derecho a la identidad personal, esto es, del derecho a que la proyección social de la propia personalidad no sufra interferencias o distorsiones a causa de la atribución de ideas, opiniones o comportamientos diferentes de aquellos que el individuo manifiesta en su vida en sociedad.

En ese sentido, por su propia naturaleza, de acuerdo con la Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. N° 1797-2002-HD/TC:

... el derecho a la autodeterminación informativa, siendo un derecho subjetivo tiene la característica de ser *prima facie* y de modo general, un derecho de naturaleza relacional, pues las exigencias que demandan su respeto, se encuentran muchas veces vinculadas a la protección de otros derechos constitucionales.

4.4. Estudio introductorio del Hábeas Data

La expresión “Hábeas Data” es utilizada de manera similar a la expresión “hábeas corpus”. Recordamos que esta última significa que “se tenga, traiga, exhiba o presente el

cuerpo (ante el juez)”, mientras que en el caso del “Hábeas Data” se quiere connotar “que se tenga, traiga, exhiba o presente los datos”.

La locución “Hábeas Data” se forma con *habeas* (del latín *habeo, habere*), que significa tener, exhibir, tomar, traer, etc.; adosándole el vocablo *data*, respecto del cual existe alguna disputa léxica, pues mientras algunos afirman que se refiere al acusativo neutro plural de *datum*: lo que se da, datos —también del latín— otros sostienen que la palabra *data* proviene del inglés, con el significado de información o datos (Castillo Córdova, 2003).

Como bien se sabe, el origen de esta institución se encuentra ineludiblemente unido al surgimiento de los “bancos de datos” o archivos electrónicos. Esta garantía constitucional es una de las más modernas (su reconocimiento se remonta a la mencionada experiencia del Land de Hesse, en la Alemania de 1970). Su nombre deviene del instituto de *habeas corpus*, en el cual el primer vocablo significa “conserva o guarda tu”, y del inglés *data*, sustitutivo plural que significa “información o datos”. En su traducción literal sería “conserva o guarda tus datos”.

En la Constitución peruana de 1993, esta garantía se halla recogida en el artículo 200° inciso 3, en el que se la define según los derechos constitucionales que debe proteger: los contenidos en los incisos 5 y 6 del artículo 2° de la Ley Fundamental.

En efecto la Constitución señala.

Artículo 200°. Son garantías constitucionales:

...

3. La Acción de Hábeas Data, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los derechos a que se refiere el Artículo 2°, incisos 5) y 6) de la Constitución.

Empleando el mismo contenido que el utilizado para la definición constitucional del *habeas corpus* y del amparo, se ha dispuesto que el Hábeas Data es una garantía constitucional que procede contra cualquier afectación de los mencionados derechos constitucionales, ya sea en la modalidad de amenaza, ya en la modalidad de lesión efectiva, configurada a partir de una acción o de una omisión, independientemente del sujeto agresor, que puede ser una autoridad, funcionario, persona jurídica o persona natural.

En ese mismo sentido, nuestro Código Procesal Constitucional del año 2004 establece que:

... toda persona puede acudir a dicho proceso para:

- 1) Acceder a información que obre en poder de cualquier entidad pública, ya se trate de la que generen, produzcan, procesen o posean, incluida la que obra en expedientes terminados o en trámite, estudios, dictámenes, opiniones, datos estadísticos, informes técnicos y cualquier otro documento que la administración pública tenga en su poder, cualquiera que sea la forma de expresión, ya sea gráfica, sonora, visual, electromagnética o que obre en cualquier otro tipo de soporte material. (García Belaunde, 1994)
- 2) Conocer, actualizar, incluir y suprimir o rectificar la información o datos referidos a su persona que se encuentren almacenados o registrados en forma manual, mecánica o informática, en archivos, bancos de datos o registros de entidades públicas o de instituciones privadas que brinden servicio o acceso a terceros. Asimismo, a hacer suprimir o impedir que se suministren datos o informaciones de carácter sensible o privado que afecten derechos constitucionales.

Entonces el Hábeas Data es un derecho humano de naturaleza procesal que permite a cualquiera acceder a bancos o registros de datos, públicos o privados, computarizados o no, que contengan información sobre su persona, con la finalidad de tomar conocimiento, ya sea sobre su contenido, para identificar a la persona que proporcionó el dato, los motivos de su almacenamiento o el lugar donde se pueda ubicar; o bien para modificarla agregando información no contenida en procura de actualizar el registro o corregir la información equivocada o falsa; suprimir aquella que afecta la intimidad personal u otros derechos fundamentales. Asimismo, para impedir el acceso de terceros a información clasificada; denegar su uso en el marco de un proceso judicial o supervisar se el soporte técnico en el almacenamiento de los datos garantiza su confidencialidad, o impugnar la interpretación, el análisis o la valoración equivocada de los datos. También sirve para permitir el acceso a la información que obra en las entidades de la administración pública y que le es negada al agraviado.

Hábeas Data es una acción constitucional o legal que tiene cualquier persona que figura en un registro o banco de datos, de acceder a tal registro para conocer qué información existe sobre su persona, y de solicitar la corrección de esa información si le causara algún perjuicio.

El Hábeas Data es un mecanismo e instrumento procesal de carácter constitucional que busca tutelar el acceso a la información pública y autodeterminación informativa como medio para acceder, modificar, actualizar y corregir toda información personal o de interés público contenida en registros de entidades públicas y privadas. “El Hábeas

Data protege contra la vulneración de los secretos informáticos y los atentados contra la intimidad personal...” (Castillo Córdova, 2003).

Más técnicamente para nosotros, la acción de Hábeas Data es el derecho que asiste a toda persona, identificada o identificable a solicitar la exhibición de los registros, públicos o privados, en los cuales están incluidos sus datos personales o los de su grupo familiar, para tomar conocimiento de su exactitud; a requerir la rectificación, la supresión de datos inexactos u obsoletos o que impliquen discriminación, por ejemplo, afiliación a partido político, creencia religiosa, etc.

Etimológicamente, viene del latín y significa que el sujeto a que los datos refieren pueda haberlos, acceder a los mismos.

Para Sagües (1995) el Hábeas Data importa una pieza del derecho procesal constitucional configurativa de un amparo especializado, con finalidades específicas. El Hábeas Data, es una garantía constitucional, con objetivos muy precisos, que busca que el accionante sepa:

- Por qué motivos legales, el poseedor de la información llegó a ser tenedor de la misma.
- Desde cuándo tiene la información.
- Qué uso ha dado a esa información y qué hará con ella en el futuro.
- Conocer a qué personas naturales o jurídicas, el poseedor de la información le hizo llegar dicha información. Por qué motivo, con qué propósito y la fecha en la que circuló la información.
- Qué tecnología usa para almacenar la información.
- Qué seguridades ofrece el tenedor de la información para precautelar que la misma no sea usada indebidamente.
- Que información se tiene respecto a determinada persona y para qué se almacena
- Si la información es actualizada y correcta y, de no serlo, solicitar y obtener la actualización o rectificación de la misma.
- Conociendo los datos, se supriman si no corresponde el almacenamiento, por la finalidad del registro o por el tipo de información de que se trata.

Su finalidad, entonces, consiste en proteger al individuo contra la invasión de su intimidad, ampliamente, su privacidad y honor, a conocer, rectificar, suprimir y prohibir

la divulgación de determinados datos, especialmente los sensibles, evitando, pues, calificaciones discriminatorias o erróneas que puedan perjudicarlo.

La garantía de tercera generación es una garantía específica que no excluye la existencia necesaria de determinadas bases de datos que contengan determinada información.

Por ello, debe entenderse sin perjuicio que determinadas informaciones, que no refieran a datos sensibles, pueden ser declaradas secretas por ley en razón del interés general, por ejemplo, en sede de Defensa Nacional. Esta circunstancia debe reglarse con sumo cuidado teniendo presente que es la excepción, no la regla o principio.

De lo expuesto podemos extraer los principios más importantes que la legislación comparada, con mayor o menor detalle y precisión, regula.

Entre ellos, y en primer lugar debemos mencionar el principio de limitación de la recolección de datos, por ejemplo, datos sensibles.

La limitación también refiere al plazo durante el cual los datos pueden estar almacenados. Es decir que, por ejemplo, en el supuesto de bases de datos de información crediticia, los datos deben suprimirse producida la prescripción de los mismos. Este principio se relaciona, íntimamente, con el que se estudia a continuación porque, en el supuesto de la limitación temporal de conservación del dato importa, sin lugar a dudas, la finalidad de la recolección (García Belaunde, 1994).

Otro principio fundamental es el que limita la recolección a la finalidad de creación del registro. Aquí nos preguntamos, ¿para qué fue creada la base?

Si el registro efectúa almacenamiento para el cual no fue creado, en general y para todas las personas o, específicamente, en un caso concreto, registra información de un individuo que no responde a su objeto, debe ser eliminada (Castillo Córdova, 2003).

Este principio puede concluirse, aun sin reconocimiento expreso, o ley que regule el Hábeas Data, de los estatutos de la persona jurídica de que se trate, en el supuesto de registros administrados por personas no físicas.

También debe mencionarse el principio de seguridad. Este principio puede entenderse como seguridad en el almacenamiento a los efectos de que no se pueda ingresar ilegítimamente a las bases o, de efectuarse cesión de datos, se haga con determinados requisitos, incluido el que garantice que el cesionario cuente con la misma seguridad que el cedente.

El “Hábeas Data” en el Perú tiene la connotación de un proceso constitucional, es decir, es un proceso de tutela urgente que se encarga de proteger dos derechos constitucionales regulados en el artículo 2 incisos 5 y 6, respectivamente, de la Constitución de 1993: El derecho de acceso a la información pública y el derecho a la autorregulación informativa (García Belaunde, 1994).

Asimismo, cabe recordar que es un proceso constitucional que recién se incorpora con la Constitución de 1993, pues la anterior Constitución peruana de 1979 no lo regulaba y, por ende, estos dos derechos se encontraban protegidos por el proceso de amparo.

En el presente artículo mencionaremos brevemente algunos puntos esenciales de desarrollo tanto a nivel legislativo como jurisprudencial que ha tenido esta garantía constitucional en el Perú.

4.5. Clases de Hábeas Data

En una primera aproximación, los procesos de Hábeas Data pueden ser clasificados paralelamente en:

- a. Propios (ejercidos en estricta conexión con el tratamiento de datos de carácter personal) e impropios (utilizados para resolver problemáticas conexas, pero bien diferenciables, como el acceso a la información pública o el ejercicio del derecho de réplica).
- b. Individuales y Colectivos (según si es ejercido a título personal o en representación de un número determinado o indeterminado de personas).
- c. Preventivos (persiguen evitar daños no consumados) y Reparadores (cuyo objetivo es el de subsanar daños ya proferidos o que se están ocasionando).
- d. Ortodoxos (los estrictamente relacionados con las facultades ordinariamente conferidas a los titulares de los de datos para operar sobre éstos) y Heterodoxos (los que exceden dicha tipología y que generalmente son inferidos de los principios básicos de la protección de datos, como aquellos que pudieran ser articulados por el defensor del pueblo, en tutela de derechos de incidencia colectiva, o por los responsables o usuarios de bancos de datos, articulados respecto de otros responsables o usuarios a quienes le cedieron la información y la están tratando ilegítimamente allí estarían tutelando derechos propios y de los registrados).

Siguiendo la clasificación, encontramos en conceptos de Chamané Orbe los tipos y subtipos de Hábeas Data en el derecho latinoamericano. A fin de aportar a la mejor comprensión de las reales potencialidades del Hábeas Data como instrumento procesal constitucional, en especial respecto de su radio de acción, esto es, de las diversas pretensiones que pueden articularse por su intermedio nos ocuparemos a continuación de evaluar las diversas especies, subespecies, tipos y subtipos de Hábeas Data vigentes en el derecho latinoamericano, siguiendo troncalmente la propuesta clasificatoria de Sagüés. Advertimos que cada clasificación que se esbozará pretende cumplir fines meramente didácticos, y de ningún modo implica que los tipos y subtipos aquí mencionados constituyan los únicos posibles, ni que sean compartimentos estancos y, en consecuencia, deban ser utilizados aisladamente, ya que, por el contrario, pueden ser incoados dos o más de manera conjunta o sucesiva en cualquier proceso de Hábeas Data (verbigracia, pretendiendo acceder formalmente a una información de la que ya se tomó conocimiento indirecto y, para el caso de coincidencia con lo así obtenido, formulando su cuestionamiento simultáneo, exigiendo la rectificación de los datos, su confidencialización por tratarse de datos sensibles, y para el caso que esto último no fuera factible, su exclusión del registro) de las pautas contractuales fijadas en desmedro de estos le significaría extender solidariamente, a tenor de ciertas disposiciones, como el art. 11, ap. 4, de la ley argentina de protección de datos personales, la responsabilidad civil y administrativa del cesionario de los datos) (Castillo Córdoba, 2003).

A continuación, nos referiremos exclusivamente al Hábeas Data propio e impropio, que revistan el carácter de ortodoxos o heterodoxos, preventivos o reparadores, individuales o colectivos.

a) Hábeas Data Propio

- **Hábeas Data informativo:** Es aquel que no está destinado a operar sobre los datos registrados, sino que solamente procura recabar la información necesaria para permitir a su promotor decidir a partir de esta si es que la información no la obtuvo antes por vía extrajudicial, si los datos y el sistema de información está funcionando legalmente o si, por el contrario, no lo está y por lo tanto solicitará operaciones sobre los asientos registrados o sobre el sistema de información en sí mismo. Se subdivide en cuatro subtipos:
 - **Localizador:** destinado a indagar sobre la existencia y ubicación de bancos y bases de datos, y encuentra su razón lógica en que, para poder ejercer los derechos reconocidos por las normas protectoras de datos de

carácter personal, resulta necesario previamente localizar las fuentes potencialmente generadoras de información lesiva.

- **Finalista:** reconocido con el objeto de determinar para qué se creó el registro, lo que permitirá luego a su promotor establecer si las categorías de los datos almacenados se corresponden con la finalidad declarada en el acto de su creación.
- **Exhibitorio:** dirigido a conocer qué datos de carácter personal se encuentran almacenados en determinado sistema de información y verificar el cumplimiento de los demás requisitos que le exige la ley para proceder a la registración de aquéllos (verbigracia, consentimiento informado del interesado).
- **Autoral:** cuyo propósito es inquirir acerca de quién proporcionó los datos con que cuenta la base o banco de datos.

De estos subtipos, el primero es ordinariamente de fuente legal, mientras que los tres restantes se encuentran regulados expresamente en las Constituciones de Argentina, Brasil, Colombia, Ecuador, Guatemala, Paraguay, Perú y Venezuela. También lo prevé expresamente la Constitución de Portugal, y en el plano de nuestras autonomías locales, se encuentra regulado por las Constituciones de Buenos Aires, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Córdoba, Chaco, Chubut, Jujuy, Río Negro, San Juan, San Luis y Tierra del Fuego.

- **Hábeas Data aditivo:** El Hábeas Data aditivo tiene por finalidad agregar al sistema de información datos de carácter personal no asentados en este. En este subtipo confluyen tres subtipos distintos, los dos primeros, destinados a actuar sobre los datos del interesado que ya se encuentran asentados en un banco o base de datos y, el tercero, dirigido a que los datos de aquel sean ingresados al registro en el que fueron omitidos. Así, puede aludirse al Hábeas Data:
 - **Actualizador:** Es el diseñado para actualizar datos vetustos pero ciertos (verbigracia, si alguien figura como abogado, pero ha sido designado juez, aunque el título profesional lo sigue teniendo, su perfil de ejercicio y de identidad es sustancialmente diferente).
 - **Aclaratorio:** Es el destinado a aclarar situaciones ciertas, pero que pueden ser incorrectamente interpretadas por quien acceda a los datos contenidos en el registro (verbigracia, si bien un banco de datos puede coleccionar y proporcionar a terceros datos sobre las personas que han obtenido créditos

comerciales y registraron atrasos en el pago, quien figure como deudor podría pretender que el banco de datos coloque que su carácter no era de deudor principal sino de garante de la obligación contraída, o que la misma se encuentra controvertida por el deudor principal y se encuentra inhibido de cancelarla hasta tanto sea determinada su exigibilidad) (García Belaunde, 1994).

- **Inclusorio:** cuya finalidad es la de operar sobre un registro que ha omitido asentar los datos del interesado, quien se encuentra perjudicado por dicha omisión (verbigracia, el titular de un establecimiento hotelero cuyo dato no figura en un banco de datos de la Secretaría de Turismo de la Nación destinada a los turistas en los aeropuertos). El único subtipo regulado expresamente en el plano constitucional es el Hábeas Data actualizador.

- **Hábeas Data rectificador o correctivo:** Este subtipo está dirigido a corregir no solo a los datos falsos (aquellos que no se corresponden siquiera mínimamente con la realidad), sino también a los inexactos o imprecisos (verbigracia, el dato registrado es incompleto o puede dar lugar a más de una interpretación).

- **Hábeas Data exclutorio o cancelatorio:** Este subtipo está diseñado a fin de eliminar total o parcialmente los datos almacenados respecto de determinada persona, cuando por algún motivo no deben mantenerse incluidos en el sistema de información de que se trate. Ello puede ocurrir en múltiples supuestos, como en el caso de la registración de cualquier tipo de datos que no se corresponda con la finalidad del banco o base de datos, de datos falsos que el registrador se niega a rectificar o actualizar, del tratamiento ilegal de los denominados “datos sensibles” (que en algunos casos no pueden ser objeto de tratamiento, y en otros solo pueden ser tratados por escasos registros expresamente autorizados legalmente para ello, como los datos de afiliación política, por los partidos políticos), etc.

- **Hábeas Data reservador.** Este subtipo tiende a asegurar que un dato correcta y legítimamente almacenado sea mantenido en confidencialidad y, en consecuencia, solo se comunique a quienes se encuentran legalmente autorizados y exclusivamente en los supuestos en que tales sujetos han sido habilitados para ello. En general —pero no exclusivamente— se vincula a los casos de datos “sensibles” (verbigracia, si el Registro Nacional de Reincidencia evacuara indiscriminadamente vía Internet los informes sobre

los antecedentes penales de quienes se encuentran registrados en ellos, con lo cual vulneraría las limitaciones que la ley de su creación le impone respecto de la acotación de los legitimados para acceder a ellos y las situaciones en que pueden hacerlo). Fue incorporado por primera vez de manera expresa en el plano constitucional en la reforma constitucional federal argentina de 1994 y ha sido objeto de ciertas críticas, no por su indudable utilidad, sino por la forma de su inclusión (Castillo Córdova, 2003).

- **Hábeas Data disociador.-** Ordinariamente, las normas sobre protección de datos de carácter personal (y también otras, como las que regulan el secreto estadístico), prevén la posibilidad de que uno o más datos referidos a una persona determinada pueda ser valorado dentro de determinados parámetros (verbigracia, pertenencia grupal, ubicación social, sexo, edad, estado de salud, etc.), pero sin que quien opera sobre los mismos tenga acceso a conocer la identidad de la persona a la cual se refieren esos datos. Esto se hace a partir de un proceso de desvinculación del dato mediante técnicas de disociación, que como regla no deben permitir la identificación de quien fue registrado. La falta de cumplimiento de estas normas habilita al perjudicado a plantear un Hábeas Data disociador, precisamente para que ese dato sea sometido a las técnicas correctas que aseguren el cumplimiento de la finalidad legal. Este subtipo tiene similitud con los Hábeas Datas reservador y exclutorio, por cuanto en definitiva apunta a que los datos en cuestión puedan ser valorados dentro de determinados parámetros —aunque sin conocer la identidad del registrado y a que se eliminen las referencias de esos datos respecto del promoviente—, pero difiere de ellos en cuanto a que no necesariamente implica la eliminación de un dato del registro ni su confidencialización, sino su transformación en otro respecto del cual no puede predicarse la identidad de su titular.

Entre sus diversas utilidades puede ser eficaz para, por ejemplo, contrarrestar violaciones a las normas que autorizan a recoger datos anónimos con fines epidemiológicos.

- **Hábeas Data encriptador:** Más allá del derecho a que determinados datos sean reservados o disociados, en algunos supuestos, y a fin de brindar mayor seguridad y agilidad a la operación sobre determinados datos, puede ser necesario acudir a técnicas de encriptación, lo que implica en definitiva otra perspectiva, donde el dato está de algún modo oculto, y solo puede ser conocido por quienes cuenten con la clave para descifrarlos.

Este subtipo entonces está dirigido a que se lleve a cabo tal tarea de encriptación, y no cuenta hasta el momento con reconocimiento legal expreso en el ámbito latinoamericano.

- **Hábeas Data bloqueador:** Muy emparentado al Hábeas Data reservador y al exclutorio representa un subtipo ligeramente distinto, que pretende “trabar” el tratamiento generalmente en lo relativo a la transmisión o cesión a terceros de los datos asentados en un registro.

Ese impedimento de comunicación de los datos puede o no ser temporalmente limitado, según las circunstancias. El bloqueo transitorio comúnmente se peticiona y ordena judicialmente como medida cautelar dentro del marco de una pretensión de fondo que, para que no se frustre, requiere de esa traba (verbigracia, por la que se pretende la eliminación de un dato discriminatorio), mientras que el bloqueo definitivo ordinariamente surgirá de una decisión de fondo por la que no pueda solicitarse la eliminación del dato, pero sí su bloqueo por haber expirado el tiempo legal para su comunicación generalizada a terceros.

- **Hábeas Data asegurador:** Uno de los más importantes principios relativos al tratamiento de datos es el que indica que, para que un tratamiento sea legal, debe garantizarse la seguridad de los datos, pues de nada sirve que se reconozcan los derechos a operar sobre los bancos de datos si los procedimientos técnicos utilizados para dicho tratamiento permiten fugas o alteraciones ilegales de la información almacenada.

Por tal motivo, cabe la utilización de este subtipo para lograr la constatación judicial de las condiciones en que opera el sistema de información que contiene los datos y, en su caso, la imposición de condiciones técnicas mínimas de seguridad para que se pueda proseguir con el tratamiento de datos de carácter personal, bajo apercibimientos de cancelación del registro o bien de exclusión de los datos en él registrados. El Hábeas Data asegurador se asimila al reservador por cuanto ambos persiguen la efectiva vigencia de la confidencialidad y permiten el control técnico de la actividad del registrador, pero es por otro lado más amplio en el sentido de que no opera solo respecto de datos confidenciales, sino de cualquier tipo de datos (García Belaunde, 1994).

- **Hábeas Data impugnativo:** Las normas sobre protección de datos suelen prever el derecho del registrado a impugnar las valoraciones que de sus datos realice el registrador, como asimismo a que se adopten decisiones judiciales o administrativas con único fundamento en el resultado del tratamiento informatizado de datos de carácter personal que suministren una definición del perfil o personalidad del interesado (Castillo Córdova, 2003).
- **Hábeas Data resarcitorio:** Este subtipo, al que rotulamos resarcitorio aunque preferiríamos denominarlo “reparador” pues se vincula con lo que los iusprivatistas denominan actualmente derecho a la reparación, pero no recurrimos a tal rótulo a fin de no confundirlo con la clasificación entre Hábeas Data preventivos y reparadores. Tiende precisamente a lograr la satisfacción de indemnizaciones, y en los países donde ello es factible en la mayoría de los ordenamientos que regulan el Hábeas Data o las acciones procesales constitucionales por las que se vehiculiza el derecho a la protección de datos, no pueden articularse pretensiones resarcitorias. Suele utilizarse conjuntamente con otras pretensiones conexas como la rectificación o exclusión de los datos.

b) Hábeas Data Impropio

El Hábeas Data impropio, como se adelantó, no está dirigido a la protección de datos de carácter personal asentados en bases o bancos de datos, sino a obtener información pública que le es indebidamente negada al legitimado activo, o replicar información de carácter personal difundida a través de los medios de difusión tradicionales.

Puede estar regulado de manera conjunta con reglas sobre protección de datos de carácter personal, como ocurre en las Constituciones de Perú y Venezuela, o bien independientemente de ellas.

- **Hábeas Data de acceso a información pública (Hábeas Data público):** Contienen reglas que garantizan el libre acceso a la información pública (que en algunos casos incluso declaran restringibles si hubiera en juego asuntos vitales para la seguridad del Estado, como en las Constituciones de San Juan y Perú). Adicionalmente, algunas constituciones establecen acciones procesales constitucionales específicas para su tutela, dentro de las cuales la del Perú adjudica al Hábeas Data tal naturaleza protectoria. Algunos autores rotulan a este tipo de Hábeas Data impropio como “Hábeas Data público”,

pero tal denominación nos parece que puede llevar a confusión por no ser claramente definitoria de sus alcances.

- **Hábeas Data replicador:** La única Constitución que previó al Hábeas Data como medio de ejercicio del derecho de réplica fue la Carta peruana de 1993, que en su art. 200, inc. 3, dispuso que la acción de Hábeas Data procedía, entre otros supuestos, contra el hecho u omisión por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los derechos “al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar así como a la voz y a la imagen propias. Toda persona afectada por informaciones o agraviada en cualquier medio de comunicación social, tiene derecho que éste se rectifique en forma gratuita, inmediata y proporcional, sin perjuicio de las responsabilidades de ley” (Castillo Córdova, 2003, p. 36).

Las duras críticas de la doctrina y de las entidades periodísticas provocaron la eliminación de la remisión a este derecho por la reforma constitucional realizada a través de la Ley 26.470. Debido a esto, ya no subsiste esta vía para el ejercicio de la réplica, la cual se vehiculiza ahora por la ruta del amparo.

5. Derechos Humanos

Son el conjunto de derechos de los que gozan las personas y que no pueden ser restringidos ni violados, esencialmente, por los gobernantes. Se han intentado diversas denominaciones a través de su evolución, circunstancia que será observada seguidamente.

- **Derecho al honor**

El derecho al honor es el segundo derecho protegido por el art. 7 de la Constitución Oriental. Es el derecho al decoro, entendido de acuerdo con las costumbres imperantes en la sociedad. Sin perjuicio de la prohibición establecida en el art. 10 de nuestra Constitución, el derecho al honor está protegido por las normas penales que establecen los delitos de difamación o injurias (García Belaunde, 1994).

El maestro oriental Jiménez de Aréchaga nos ilustra con un ejemplo que es de destacar. “La imputación de nazismo hecha en relación a un individuo que lo es, no puede ser concebida como un ataque al honor”. Sin embargo, “... la imputación de nacionalsocialismo hecho contra un individuo que no lo es, constituye un ataque al honor” (1976, p. 57).

- **Derecho a la intimidad**

Intimidad es la zona espiritual e íntima, reservada, de una persona. Es un derecho del individuo frente a todos, es imponible al Estado y a todos los demás actores sociales. Íntimamente vinculado al tema, encontramos el derecho al respeto de la imagen, ya sea de un sujeto común o público, o más público que otro.

En este momento se presenta el tema, teniendo presente que, con la revolución informática, el derecho a la intimidad y el honor han cobrado especial relevancia y serán protegidos por las garantías que se analizan en este artículo.

Algunos autores distinguen intimidad de privacidad. La privacidad refiere al ámbito de las acciones privadas que no afectan a terceros, aunque puedan ser conocidas por estos. Lo privado no lo es, entonces, por el conocimiento que de esas acciones tengan los demás. Es privado porque pertenece a la esfera personal de las personas y, en tanto no afectan a terceros, se rigen por el principio de libertad, art. 10 de la Constitución Oriental del año 1967:

Las acciones privadas de las personas que de ningún modo atacan el orden público ni perjudican a un tercero, están exentas de la autoridad de los magistrados que ejercen función jurisdiccional, administrativa o legislativa. Ningún habitante de la República será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.

Intimo refiere al ámbito personal que no es o no debería ser conocido por los demás, por ejemplo, opciones sexuales, divulgación de fotografías sin autorización, interceptación o violación de la correspondencia epistolar, electrónica, telefónica, etc.

Debe considerarse, y puede discutirse en otra oportunidad, la legitimidad jurídica y moral de la difusión de determinados hechos en las campañas electorales. El tema simplemente se recuerda, fácilmente, pensando en la difusión de conductas o comportamientos de candidatos en los Estados Unidos de Norteamérica, circunstancia que, por el momento, no ha invadido o contaminado las elecciones de nuestro país.

El ser humano tiene derecho a la intimidad, a la no registración y divulgación de sus datos sensibles y, en definitiva, a la verdad respecto a lo que de su persona se trata.

6. La tutela procesal efectiva

En el marco de la teoría de los derechos fundamentales, se puede interpretar que la Constitución Política de 1993 ha consagrado por vez primera como principios y derechos de la función jurisdiccional la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional (art. 139, inc. 3). Sin embargo, no existe en la doctrina ni en la jurisprudencia un criterio constitucional uniforme acerca del alcance y significado de los mismos, debido, entre otras razones, al origen diverso de ambas instituciones (Castillo Córdova, 2003).

Es importante observar que en la Constitución de 1979, si bien no existió una consagración expresa del derecho a la tutela judicial efectiva, se consideró que esta constituye una “garantía innominada de rango constitucional”, de acuerdo con los tratados internacionales en materia de DD. HH. ratificados por el país (reconocimiento internacional), tales como la Declaración Universal de los DD. HH. (art. 8), el Pacto de San José (art. 25), que constituye norma plenamente aplicable con rango constitucional.

Así, tenemos el siguiente panorama en el debate de la doctrina nacional: un sector que sostiene que el derecho al debido proceso es una manifestación del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. Otro, que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y el derecho al debido proceso, se relacionan por un estricto orden secuencial, de forma que primero opera el derecho a la tutela judicial efectiva como una necesidad de que el proceso cumpla realmente con sus fines a los que está llamado a cumplir, en la medida que el proceso supone el ejercicio de la función jurisdiccional del Estado. Se configura, fundamentalmente, como la garantía de que las pretensiones de las partes que intervienen en un proceso serán resueltas por los órganos judiciales con criterios jurídicos razonables, y no manifiestamente arbitrarias, ni irrazonables.

Las normas que regulan el sistema recursivo deben aplicarse a la luz del principio de favorecimiento del proceso, es decir, en sentido favorable para posibilitar el acceso a la tutela jurisdiccional y, consiguientemente, con exclusión de toda opción interpretativa que sea contraria a ese propósito. Resulta así criticable aquella jurisprudencia del supremo tribunal que señala que el derecho a la tutela jurisdiccional es un concepto abstracto, distinto a la relación material jurisdiccional efectiva y luego el debido proceso. Para esta posición, el debido proceso no es una manifestación del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. Finalmente, quienes refieren que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y el derecho al debido proceso son, en sustancia, lo mismo (García Belaunde, 1994).

Resaltamos la postura de Carrión Lugo (2004) cuando sostiene que la tutela jurisdiccional efectiva se conceptúa también como un principio procesal, una directiva

o una idea orientadora, pues, por un lado, servirá para estructurar las normas procesales en determinada dirección, y por otro, para interpretar las normas procesales existentes. En resumen, la tutela jurisdiccional se concibe a sí misma como un principio general del derecho procesal, por constituir la base de todo ordenamiento procesal, sirviendo como criterio o como ideal de orientación del mismo.

El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva consiste en exigir una prestación del Estado, para lo cual se requiere de técnicas procesales idóneas para la efectiva tutela de cualquiera de los derechos. Se desea proponer que el derecho a la tutela jurisdiccional, aun sin perder su característica de derecho a la igualdad de oportunidades de acceso a la justicia, pase a ser visto como el derecho a la efectiva protección del derecho material, del cual son deudores el legislador y el juez. Es un atributo subjetivo que responde a la necesidad de que el proceso cumpla realmente con sus fines a los que está llamado a cumplir, en la medida que el proceso supone el ejercicio de la función jurisdiccional del Estado. Se configura, fundamentalmente, como la garantía de que las pretensiones de las partes que intervienen en un proceso serán resueltas por los órganos judiciales con criterios jurídicos razonables, y no manifiestamente arbitrarias, ni irrazonables. Las normas que regulan el sistema recursivo deben aplicarse a la luz del principio de favorecimiento del proceso, es decir, en sentido favorable para posibilitar el acceso a la tutela jurisdiccional y, consiguientemente, con exclusión de toda opción interpretativa que sea contraria a ese propósito (García Belaunde, 1994).

Resulta así criticable aquella jurisprudencia del supremo tribunal que señala que el derecho a la tutela jurisdiccional es un concepto abstracto distinto a la relación material discutida en el proceso, y que se agota cuando las partes, mediante el derecho de acción, hacen valer sus pretensiones al incoar la demanda.

Contemporáneamente, el proceso de determinación de la norma jurídica aplicable es complejo, se asume la técnica legal y racional, donde el juez fundamenta su decisión en el derecho vigente y válido y, además, justifica racionalmente su decisión. La actividad judicial es esencialmente justificadora, debe ser razonable. Así, la interpretación es un proceso lógico y valorativo (creador) por parte del juez.

Debe situarse el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva en la teoría de los derechos fundamentales. En el horizonte del constitucionalismo actual se destaca la doble función de los derechos fundamentales: en el plano subjetivo siguen actuando como garantías de la libertad individual, mientras que en el objetivo han asumido una dimensión institucional a partir de la cual su contenido debe funcionalizarse para la consecución de los fines y valores constitucionalmente proclamados.

En cuanto a las relaciones entre el derecho material y el proceso, debemos observar que es un aspecto de mayor importancia en la teoría y práctica de la tutela jurisdiccional. El proceso revela un valor propio, al establecer las formas de tutela, por medio de las cuales se puede tornar efectivo el derecho material, sin perjuicio de la eficacia y de los efectos propios de la actividad jurisdiccional. Actualmente, la retroalimentación entre uno u otro aparece mezclada, por lo que existe también la relación en sentido inverso, esto es, la influencia del derecho material en el proceso (García Belaunde, 1994).

Se ha venido creando así una suerte de censura, en palabras de Proto Pisani (2014), según el cual, los alcances realizados por el derecho material poco tienen que ver con el proceso y viceversa. Se creyó que la función instrumental del proceso estaba cubierta con la existencia del proceso de conocimiento capaz de solucionar indistintamente todos los conflictos acaecidos en el derecho material, sin poder ver el surgimiento de nuevos derechos que exigen de una forma de tutela jurisdiccional diferenciada. La malformación que consistió en el entendimiento que el derecho procesal se anclaba en el formalismo (la forma por la forma), se debió a que nuestra disciplina no avanzó a la par de la filosofía del derecho, la sociología del derecho y el constitucionalismo.

El derecho procesal no puede permanecer más ajeno a los requerimientos del derecho material. Es necesario realizar un ejercicio de integración entre ambas disciplinas y dejar a un lado el injustificable “aparcamiento” o “polarización” de los derechos.

El énfasis puesto por los procesalistas de principios del siglo XX ha sido resaltar el carácter autónomo del derecho procesal. La autonomía científica lograda con el proceso trajo consigo, de manera poco perceptible al principio, una separación tan radical entre ambas disciplinas que llevó al proceso a perder de vista su finalidad principal: la instrumentalidad respecto de la realización de los derechos materiales.

La ruptura del procesalismo actual, respecto de la postura científica de la primera mitad del siglo XX, comienza a verificarse en los años posteriores a la Segunda Guerra Mundial, con el efectivo reconocimiento de los derechos fundamentales, entre los cuales es pieza importante el llamado derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva. El proceso comienza a adquirir una nueva dimensión —la constitucional— en el entendimiento de que la función pública del Estado, a través del proceso, asume la responsabilidad de dotar a los ciudadanos de un medio eficaz y oportuno que permita la convivencia pacífica y justa.

Debe atenderse a los alcances de la instrumentalidad del proceso no como un fin, sino como un medio para la concreción de la tutela efectiva de los derechos materiales. El

formalismo nunca debe sobreponerse a los fines del proceso, porque a estos sirve, de ahí la trascendencia del principio de elasticidad de las formas procesales.

Las columnas vertebrales del nuevo derecho procesal las encontramos en el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva y el derecho al debido proceso.

La tutela jurisdiccional que la Constitución reconoce debe revestir, entre otras exigencias, efectividad. La tutela no se agota en la sola provisión de protección jurisdiccional, sino que esta debe estar estructurada y dotada de mecanismos que posibiliten un cumplimiento pleno y rápido de su finalidad, de modo que la protección jurisdiccional sea real, íntegra, oportuna y rápida. La efectividad debe ser una práctica diaria de la impartición de justicia.

La tutela jurisdiccional efectiva tiene por finalidad la satisfacción de los derechos o intereses de los particulares mediante un proceso. Es una visión de unión entre derecho sustancial y proceso judicial.

El debido proceso debe entenderse no solo desde la perspectiva procesal, sino que se debe reconocer como derecho fundamental al debido proceso sustantivo, es decir, la vigencia de criterios como los de razonabilidad y proporcionalidad, que deben guiar la actuación de los poderes públicos. La investigación dogmática, además de las fuentes doctrinarias, exige una apreciación crítica al ejercicio judicial.

Deben explicarse, como ya mencionamos, aquellas manifestaciones concretas de este derecho en el proceso. Es importante observar allí que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva no se entiende solamente desde la perspectiva del demandante, sino también del demandado, por cuanto muchas de las instituciones que se abordan sirven precisamente para tutelar los intereses de la parte demandada, por ejemplo, el rechazo *in limine* de la demanda, el principio de elasticidad de las formas procesales (excesivo ritualismo), la acumulación de pretensiones, los efectos del saneamiento del proceso (función saneadora), la fijación de hechos controvertidos y principio de no contestación (función delimitadora), la tutela cautelar, el acceso a los recursos ordinarios y extraordinarios, etc.

Respecto de la constitucionalidad de las facultades de rechazo liminar de la demanda, se trata de la proporcionalidad en la aplicación de la sanción de inadmisión de la demanda o del recurso, donde cobra especial relevancia el antiformalismo y la necesidad de una interpretación finalista de las normas procesales.

7. Aporte de la jurisprudencia

La jurisprudencia del supremo tribunal peruano ha establecido que la calificación de la demanda es facultad del juez al analizar únicamente los requisitos de admisibilidad y procedencia de la demanda, no corresponde ser rechazada basada en la presentación y análisis de las pruebas ofrecidas, que implica un pronunciamiento sobre el fondo, lo que no es propio de una resolución que liminarmente declara la improcedencia de la demanda. De lo expuesto, planteamos la siguiente tesis: El derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva se vulnera únicamente cuando se rechaza liminarmente una demanda invocando causal de improcedencia impertinente, y no cuando se aplica una causal de improcedencia pertinente que evita un proceso inconducente. Por otro lado, recogemos el siguiente planteamiento: “Se vulnera el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva con la inadmisión de un recurso ordinario o extraordinario” (García Belaunde, 1994).

Resulta saludable que la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia haya establecido como criterio jurisprudencial la viabilidad de los recursos extraordinarios de casación planteados contra autos que declaran la improcedencia de una demanda.

En cuanto a los efectos de la declaración de saneamiento, sostenemos que con relación al juez no lo vincula, puede pronunciarse sobre la validez de la relación jurídica procesal excepcionalmente incluso al momento de sentenciar (art. 121, párrafo final del CPC). Es un tema de interés público, excepcionalmente el juez puede pronunciarse por la improcedencia, aunque no se haya planteado excepciones.

Las investigaciones en nuestra disciplina y, en particular, el estudio de los fundamentos constitucionales del derecho procesal deben ser una prioridad para contribuir a la interpretación de la norma procesal.

8. Derechos protegidos por el Hábeas Data

El artículo 61 del Código Procesal Constitucional, establece que el Hábeas Data procede en defensa de los derechos constitucionales reconocidos por los incisos 5 y 6 del artículo 2 de la Constitución. En consecuencia, toda persona puede acudir a dicho proceso para:

- a. Acceder a información que obre en poder de cualquier entidad pública, ya se trate de la que generen, produzcan, procesen o posean, incluida la que obra en expedientes terminados o en trámite, estudios, dictámenes, opiniones,

datos estadísticos, informes técnicos y cualquier otro documento que la administración pública tenga en su poder, cualquiera que sea la forma de expresión, ya sea gráfica, sonora, visual, electromagnética o que obre en cualquier otro tipo de soporte material.

- b. Conocer, actualizar, incluir y suprimir o rectificar la información o datos referidos a su persona que se encuentren almacenados o registrados en forma manual, mecánica o informática, en archivos, bancos de datos o registros de entidades públicas o de instituciones privadas que brinden servicio o acceso a terceros. Asimismo, a hacer suprimir o impedir que se suministren datos o informaciones de carácter sensible o privado que afecten derechos constitucionales (García Belaunde, 1994).

- **Requisito especial de la demanda**

El artículo 62 del CPC determina que para la procedencia del Hábeas Data se requerirá que el demandante previamente haya reclamado, por documento de fecha cierta, el respeto de los derechos a que se refiere el artículo 61 del CPC, y que el demandado se haya ratificado en su incumplimiento o no haya contestado dentro de los diez días útiles siguientes a la presentación de la solicitud tratándose del derecho reconocido por el artículo 2, inciso 5 de la Constitución, o dentro de los dos días si se trata del derecho reconocido por el artículo 2, inciso 6 de la Constitución. Excepcionalmente se podrá prescindir de este requisito cuando su exigencia genere el inminente peligro de sufrir un daño irreparable, el que deberá ser acreditado por el demandante. Aparte de dicho requisito, no será necesario agotar la vía administrativa que pudiera existir.

- **Artículo 63: Ejecución Anticipada**

De oficio o a pedido de la parte reclamante y en cualquier etapa del procedimiento y antes de dictar sentencia, el juez está autorizado para requerir al demandado que posee, administra o maneja el archivo, registro o banco de datos, la remisión de la información concerniente al reclamante; así como solicitar informes sobre el soporte técnico de datos, documentación de base relativa a la recolección y cualquier otro aspecto que resulte conducente a la resolución de la causa que estime conveniente. La resolución deberá contener un plazo máximo de tres días útiles para dar cumplimiento al requerimiento expresado por el juez.

- **Artículo 64: Acumulación**

Tratándose de la protección de datos personales podrán acumularse las pretensiones de acceder y conocer informaciones de una persona, con las pretensiones de actualizar, rectificar, incluir, suprimir o impedir que se suministren datos o informaciones.

- **Artículo 65: Normas aplicables**

El procedimiento de Hábeas Data será el mismo que el previsto por el presente Código para el proceso de amparo, salvo la exigencia del patrocinio de abogado que será facultativa en este proceso. El juez podrá adaptar dicho procedimiento a las circunstancias del caso.

9. El Hábeas Data en el derecho comparado

Algunas constituciones como las de España (art. 18), Portugal (arts. 33 y 35) o Colombia (arts.15 y 112), reconocen el derecho sustantivo de obtener informaciones, proteger la intimidad y/o rectificar informaciones en las bases de datos (García Belaunde, 1994).

En todos estos casos se deja al campo de la ley la normatividad adjetiva para el establecimiento de los procedimientos judiciales de protección.

En el caso de las constituciones del Brasil (art. XIV), seguido por Paraguay (art. 135) y ahora por el Perú (art. 200), al procedimiento se le ha denominado “Hábeas Data”, cubriendo en los tres casos ámbitos solo parcialmente similares, ya que se trata de un instituto jurídico nuevo y en evolución. En Brasil, el Hábeas Data es la garantía para obtener de registros públicos (gubernamentales o privados) informes sobre la propia persona con la facultad de rectificarlos.

En Paraguay se amplió el derecho no solo para rectificar sino también para actualizar e incluso destruir los registros que afecten a una persona. Además, se amplió el derecho a obtener los datos no solo de carácter personal sino también los relativos a los bienes personales y finalmente se amparó adicionalmente el derecho para conocer el uso y finalidad de la información almacenada. Estos cuatro puntos diferencian el Hábeas Data de Brasil con el de Paraguay.

En el caso del Perú, el Hábeas Data es un procedimiento que en un aspecto se ha restringido, mientras que en otro se ha ampliado. Se ha restringido, pues no se permite la rectificación de los datos de la intimidad personal como lo hace la Constitución brasileña, ni tampoco se faculta su supresión como lo autoriza la paraguaya, sino que se prohíbe su suministro a terceras personas (manipulación o comercio). Por otro lado, se ha ampliado al área informativa, orientando la garantía también al derecho de información y de rectificación de los medios de comunicación cuando no se cumple con la obligación de rectificar afirmaciones inexactas o agraviantes, tal como lo precisa textualmente el art. 14 del Pacto de San José, cuando dice que:

Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley.

En ningún caso la rectificación o la respuesta eximirán de las otras responsabilidades legales en que se hubiese incurrido.

Para la efectiva protección de la honra y la reputación, toda publicación o empresa periodística, cinematográfica, de radio o televisión tendrá una persona responsable que no esté protegida por inmunidades ni disponga de fuero especial.

En resumen: son tres los países que han incorporado a nivel constitucional el Hábeas Data: Brasil (en el año 1988), Paraguay (en el año 1992) y Perú (en el año 1993) y en los tres casos con diferentes alcances, pero siempre referidos al tema de los datos vinculados a la intimidad.

Otros países, como Portugal, España o Colombia han optado por incorporar normas constitucionales similares sin el uso de la expresión “Hábeas Data”, denominación que por lo demás podría no ser la más apropiada, ya que en Brasil permite no solo obtener un dato íntimo sino además rectificarlo, en Paraguay suprimirlo y en Perú impedir su transmisión (García Belaunde, 1994).

10. El debido proceso

El debido proceso es un principio legal por el cual el Estado debe respetar todos los derechos legales que posee una persona según la ley. El debido proceso es un principio jurídico procesal, según el cual toda persona tiene derecho a ciertas garantías mínimas, tendientes a asegurar un resultado justo y equitativo dentro del proceso, a permitirle tener

oportunidad de ser oído y a hacer valer sus pretensiones legítimas frente al juez. El debido proceso establece que el gobierno está subordinado a las leyes del país que protegen a las personas del Estado. Cuando el gobierno daña a una persona sin seguir exactamente el curso de la ley incurre en una violación del debido proceso, lo que incumple el mandato de la ley (García Belaunde, 1994).

- **La tutela procesal efectiva**

Comprende el acceso a la justicia y el debido proceso (García Belaunde, 1994).

- **La autoridad**

La autoridad es el nivel de influencia que tiene una persona sobre un colectivo. La autoridad también es el prestigio ganado por una persona u organización gracias a su calidad o a la competencia de cierta materia. La autoridad suele estar asociada al poder del Estado. Los funcionarios estatales tienen la facultad de mandar y dar órdenes, que deben ser acatadas siempre que actúen con respecto a las leyes y normas vigentes. La autoridad, por lo tanto, es una forma de dominación ya que exige o pide la obediencia de los demás. Sin obediencia no existe la autoridad. Si seguimos la definición del Diccionario de la Lengua Española, la autoridad es: “Potestad, facultad. Poder que tiene una persona sobre otra que le está subordinada. Persona revestida de algún poder o mando”.

11. Los plazos del Hábeas Data

Es un proceso judicial de carácter constitucional que tiene como finalidad proteger el derecho de las personas de acceder a determinada información por parte de cualquier entidad pública y el derecho a que los bancos de información (públicos o privados) no suministren informaciones que afecten a la intimidad personal y familiar. Lo puede presentar el mismo afectado o cualquier otra persona en su nombre. Si el juez comprueba que, efectivamente, se está atentando contra estos derechos, ordena que se permita acceder a la información denegada al demandante o, en su caso, se proceda a impedir que se suministre determinada información (García Belaunde, 1994).

12. Los juzgados constitucionales

Se precisan competencia territorial de los Juzgados Constitucionales de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante Resolución Administrativa N° 153-2009-CE-PJ, de fecha 07 de mayo de 2009. Precisar que la competencia territorial de los Juzgados

Constitucionales de la Corte Superior de Justicia de Lima, se circunscribe a los siguientes distritos: Barranco, Breña, Chorrillos, Cieneguilla, El Agustino, Jesús María, La Molina, La Victoria, Lima Cercado, Lince, Magdalena del Mar, Miraflores, Pueblo Libre, Rímac, San Borja, San Isidro, San Juan de Lurigancho, San Luis, San Miguel, Santiago de Surco, y Surquillo (Castillo Córdova, 2003).

13. Conclusiones

- a. El Hábeas Data es un proceso constitucional que protege el derecho de acceso a la información pública y el derecho de autodeterminación informativa.
- b. De la revisión prolija del Código Procesal Constitucional, se advierte que no han sido regulados los plazos propios para el proceso constitucional de Hábeas Data, a fin de existir un plazo de calificación de la demanda, otro para su contestación y otro para la emisión de sentencia.
- c. La inexistencia de plazos propios en el Hábeas Data, impide que dicha institución jurídica sea un proceso constitucional autónomo y eficiente, ya que los jueces en la actualidad recurren a los plazos del proceso sumarísimo, el cual no es compatible con el proceso constitucional de Hábeas Data, por la naturaleza de los derechos que este protege.
- d. En la doctrina se han generado corrientes sobre la inexistencia de los plazos propios de Hábeas Data en el código procesal constitucional, ya que los operadores de justicia constitucional, muchas veces se generan confusiones, en estos dos procesos constitucionales, acción de amparo y Hábeas Data.
- e. La necesidad de positivizar una normatividad estricta que regule los plazos propios en el proceso constitucional de Hábeas Data, permitirá el respeto a la tutela procesal efectiva, con procesos cortos y eficientes.

14. Recomendaciones

- a. Es necesario contar con un mecanismo normativo respecto de los plazos propios del proceso constitucional de Hábeas Data, a fin de garantizar la defensa de los derechos relacionados a la libertad de información.
- b. Consideramos, en otras palabras, que, a través de la implementación de regulación, respecto de los plazos estrictamente para el Hábeas Data, no solo se le otorgará eficiencia a este proceso constitucional, sino también, ello permitirá respetar el debido proceso y la tutela procesal efectiva.

- c. La modificación del Código Procesal Constitucional, a fin de establecer plazos propios para el proceso de Hábeas Data, permitirá el eficaz funcionamiento de dicho proceso constitucional

Referencias

- Buergenthal, T. (1990). *La protección de los Derechos Humanos en las Américas*. Civitas.
- Castillo Córdova, L. (2003). El Proceso de Hábeas Data [comentario al artículo 200 inciso 3]. En *Constitución comentada* (T. II) (p. 1008). Gaceta Constitucional.
- Correa, C., Batto, H., Czar, S. y Nazar, F. (1987). *Derecho Informático*. Depalma.
- Fernández, C. (1992). *El derecho a la intimidad personal*. Astrea.
- Flores Dapkevicius, R. (2004). *Amparo, Hábeas Corpus, Hábeas Data*. Editorial B de F.
- Flores Dapkevicius, R. (2006). *Manual de Derecho Público*. Volumen I. Derecho constitucional. B de F Editores.
- Fraga Pittaluga, L. (2000). *La incompetencia en el Derecho Administrativo*. Editorial Torino.
- Frossini, V. (1990). *La protección de la intimidad. Derecho y Tecnología informática*. Temis.
- Gallegos Fedriani, P. (2002). *Las medidas cautelares contra la Administración Pública*. Abaco.
- García Belaunde, D. (1994). *Garantías Constitucionales en la Constitución Peruana de 1993*. Serie Lecturas sobre Temas Constitucionales N. 10, Editorial Comisión Andina de Juristas.
- Gimeno Sendra, V., Moreno Catena, V. y Sala Sanchez, P. (2004). *Derecho Procesal Administrativo*. Editorial Centro de Areces.
- Gonzalez Perez, J. (2004). *Manual de Procedimiento administrativo*. Civitas.
- República Oriental del Uruguay. (1967). *Constitución de la República Oriental del Uruguay*.
- Reino de España. (1978). *Constitución Española*.
- República Federativa de Brasil. (1988). *Constitución de la República Federativa de Brasil*.
- Sánchez Aguilar, M. (2004). *Derecho Administrativo, Sustantivo y Procesal*. Colex.
- Soto Kloss, E. (2002). *Derecho Administrativo*. Editorial Jurídica.



EL PRINCIPIO DE IMPUTACIÓN OBJETIVA Y NECESARIA EN EL DELITO DE AGRESIONES CONTRA LA MUJER O INTEGRANTES DEL GRUPO FAMILIAR

*Julio Yonathan Calderon Ayala**
Universidad Privada San Juan Bautista – Filial Ica
calderonayalabogado@gmail.com
<https://orcid.org/0000-0002-1901-9137>

Resumen: El presente artículo desarrolla la problemática advertida por el autor en las decisiones de los órganos de justicia, identificando una negligencia al momento de imputar objetiva y subjetivamente el delito de agresiones contra la mujer o integrantes del grupo familiar. Los errores advertidos están en la omisión de la evaluación para adecuar la conducta del autor en el presupuesto normativo “condición de tal” que exige el tipo penal para su tipicidad. Asimismo, se señala la falta de análisis respecto del contexto previsto en el primer párrafo del artículo 108-B del Código Penal, elemento objetivo exigido también por el tipo penal.

Esta falencia acarrea una imputación necesaria imperfecta, pues al no subsumir adecuadamente los hechos a la hipótesis descrita en el tipo penal peor aún se podrá efectuar correctamente la imputación necesaria. Esto es, explicar las razones al investigado del por qué su conducta se adecua al tipo penal, lo que al final ocasionará el archivo de la investigación, el sobreseimiento o la absolución del autor del ilícito tipificado en el artículo 122-B del Código Penal.

En ese sentido, el presente artículo tiene por finalidad otorgar un criterio para la solución a los problemas arriba mencionados, con el objeto de que las conductas que infringen las normas nacionales e internacionales que protegen a la mujer y a los integrantes del grupo familiar, y degradan la dignidad y el honor —configurando un delito—, no queden en la impunidad y sean sancionados penalmente.

Palabras clave: Imputación, agresiones, psicológico, físico, mujer, integrantes del grupo familiar.

* Abogado por la Universidad Privada San Juan Bautista, candidato a maestro en Derecho Procesal Penal por la misma casa de estudios y a maestro en Ciencias Penales por la Universidad Nacional de Huancavelica. Especialista en delito de agresiones contra la mujer o integrantes del grupo familiar. Actualmente es fiscal adjunto provincial provisional de la Fiscalía Provincial Penal de Huaytará – Distrito Fiscal de Ica.

THE PRINCIPLE OF OBJECTIVE AND NECESSARY ALLOCATION IN THE CRIME OF AGGRESSION AGAINST WOMEN OR MEMBERS OF THE FAMILY GROUP

Abstract: This article develops the problems noted by the author in the decisions of the justice bodies, identifying negligence when objectively and subjectively accusing the crime of aggression against women or members of the family group. The errors noticed are in the omission of the evaluation to adapt the conduct of the author in the normative budget “condition of such” that the criminal type requires for its typicality. Likewise, the lack of analysis regarding the context provided for in the first paragraph of article 108-B of the Penal Code is pointed out, an objective element also required by the criminal type.

This shortcoming leads to an imperfect necessary imputation, since by not adequately subsuming the facts to the hypothesis described in the worse criminal type, the necessary imputation can be correctly carried out. That is, explaining the reasons to the person under investigation why their conduct is in keeping with the criminal type, which in the end will cause the investigation to be archived, dismissal or acquittal of the perpetrator of the offense defined in article 122-B of the Penal Code.

In this sense, the purpose of this article is to provide a criterion for the solution to the aforementioned problems, so that behaviors that violate national and international standards that protect women and members of the family group, and degrade dignity and honor —configuring a crime—, do not remain in impunity and are criminally sanctioned.

Keywords: Imputation, assaults, psychological, physical, woman, members of the family group.

1. Introducción

El delito de violencia contra la mujer tiene como cimiento los estereotipos generados por el hombre sobre ella, a causa de determinadas características de su personalidad, lo que influye a imaginar que su rol o desarrollo en la sociedad es de determinada manera. Por ejemplo, el pensamiento machista que genera una equivocada concepción sobre la existencia de la mujer, pues en tiempos pasados el patriarcado hacía que el sexo opuesto soportara una función condicionada y limitada en la sociedad.

Los estereotipos producen prejuicios de valor a las características imaginarias o reales de las mujeres para instituir condiciones sociales, de manera diferencial y

discriminatoria. En otras palabras, el prejuicio es el concepto estereotipado (falso y negativo) de lo que la mujer es o representa y se quiere eliminar o subordinar, mediante la violencia. Mientras que la violencia vertical tiene como fin acondicionar a la mujer mediante la subordinación en el tejido social; la violencia excluyente tiene como objeto eliminar lo que ella representa.

En mérito a lo señalado, en el Perú se promulgó, entre otras, la norma punitiva específica para sancionar estas clases de conductas motivadas por los estereotipos y prejuicios que hasta la actualidad se perciben, la cual se encuentra tipificada en el artículo 122-B del Código Penal como agresiones físicas o psicológicas contra la mujer, así como contra los integrantes del grupo familiar.

2. Teoría de la imputación objetiva

Para calificar un hecho como delito debe determinarse si es relevante penalmente (creación de un riesgo jurídicamente relevante o aumento del riesgo permitido) y si se subsume en la figura jurídica del tipo penal, es decir, si concurren los elementos objetivos y subjetivos. Esto ocurre a través de un proceso evaluativo dirigido a adecuar el *factum* concreto en el delito normado en el Código Penal.

Esta teoría se basa en el criterio del riesgo; existe imputación objetiva cuando la conducta realizada por el sujeto crea un riesgo no permitido o aumenta uno ya existente —aceptado— más allá de los límites permitidos y como consecuencia ocasiona un resultado que está dentro del ámbito de protección de la norma. (Bramont, 2008, p. 186)

Sobre el examen que debe realizarse para establecer si el resultado atribuido y exigido por el tipo penal corresponde a la conducta del sujeto activo, debe abandonarse la teoría según la cual el juicio de imputación consistía en la causa-efecto. Esta determinaba la tipicidad de una conducta en mérito a la existencia de la acción y el resultado, toda vez que se ha superado las posturas naturalísticas por una dogmática normativista. En efecto, “la imputación objetiva consiste precisamente en excluir del tipo objetivo, frente a su anterior entendimiento puramente causal, las lesiones de bienes jurídicos producidas por casualidad o como consecuencia de un *versari in re illicita*” (Roxin, 1997, p. 219).

En ese sentido, lo que debe determinarse es si el comportamiento del agente infringió un deber jurídico (creación o aumento de un riesgo) y si por esta infracción se ocasionó el resultado lesivo, por ser normativamente competente del hecho, sin importar

si accionó de manera mediata o inmediata (a través de objetos, animales o personas). Dicha situación permitirá establecer si el comportamiento es típico o atípico.

Ahora, para adecuar una conducta humana al tipo penal de agresiones contra la mujer o integrantes del grupo familiar (juicio de tipicidad), debe tenerse en cuenta los criterios de la teoría de la imputación objetiva para determinar si dicha conducta es típica y relevante en el ámbito jurídico-penal.

En los casos del delito mencionado, además de verificarse que el sujeto activo lesionó a la víctima, resulta fundamental determinar el exceso a los márgenes de la propia esfera privada de competencia del agente. Y si se determina que la conducta ha quebrantado el rol social del sujeto actuante (infracción del deber) y, por tanto, ha excedido el límite de su ámbito de competencia, seguidamente, debe examinarse los demás aspectos objetivos y subjetivos del injusto penal. En otras palabras, primero es necesario identificar si la conducta creó un riesgo de relevancia penal, idónea para causar un daño en la salud física o mental de la víctima; toda vez que no puede reprimirse aquella conducta que no esté prohibida, pero cause daños insignificantes, al estar dentro del margen del riesgo permitido. Pues las conductas que no sobrepasen el umbral del riesgo permitido no podrán ser imputables objetivamente, menos calificadas como delito. Por ejemplo, no podrá configurar violencia psicológica, la conducta que se desarrolle en el propio contexto social agresivo, pero socialmente tolerado, como las burlas, molestias, frases denigrantes que se producen en un debate, animadversión o discusiones recíprocas, a pesar de que el perjudicado sea mujer o integrante del grupo familiar.

En síntesis, las conductas ilícitas deben ser delimitadas, cumpliendo con los criterios del principio de imputación objetiva, para poder identificar y apartar las conductas típicas del delito de violencia de género o doméstica de otras figuras como los delitos contra el honor, la intimidad, etc.

3. El principio de imputación necesaria

El Ministerio Público es el titular del ejercicio de la acción penal pública, es decir, tiene el monopolio de la investigación de los hechos que configuran delito. Al ser así, debe actuar conforme al principio de legalidad y de defensa procesal. Para tal fin, debe efectuar una imputación necesaria, esto es, realizar una imputación expresa, cierta y clara de los hechos atribuidos al investigado, así como de los elementos probatorios, los cuales deben ser puestos en conocimiento del imputado para que ejerza una debida defensa desde el inicio del proceso. Así lo ha reconocido el Tribunal Constitucional, mediante el Expediente N. 4989-2006-PHC/TC, al señalar que “esta toma de conocimiento, constituye

la primera exigencia del respeto a la garantía constitucional de la defensa que acompaña a lo largo del proceso en todas las resoluciones del mismo” (2006).

Asimismo, los instrumentos legales internacionales ratificados por el Perú establecen que las personas sujetas a un proceso penal tienen derecho a que se les comunique, de manera previa y detallada, las causas que motivan la incoación de la investigación punitiva. Por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 14, numeral 3, literal b, prescribe que

Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella. (1976)

Por su parte, la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en su artículo 8 numeral 2) literal a, dispone que “durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las garantías mínimas ... b) Comunicación previa y detallada de la acusación formulada” (1978).

En ese sentido, la Fiscalía como órgano persecutor y defensor de la legalidad tiene el deber de identificar la conducta delictiva del sujeto activo y disgregarla. Ello con la finalidad de establecer aquella que tenga cualidad de ser subsumida en el tipo penal; esto es, que el hecho concreto, debidamente diferenciado y limitado, pueda cumplir con los presupuestos exigidos por el tipo penal. De esta manera, se está garantizando el derecho de defensa del procesado, quien podrá pronunciarse sobre todos los extremos de la imputación en su contra y no sobre simples enunciaciones de los supuestos de hecho contenidos en las normas penales.

En efecto, en el proceso penal por violencia contra la mujer o integrantes del grupo familiar, el Ministerio Público debe identificar y poner de manifiesto el cumplimiento de los elementos objetivos de dicho ilícito, entre ellos, el contexto en que se realizaron las agresiones en perjuicio de la mujer (violencia de género) o los integrantes del grupo familiar (violencia doméstica). Ello con la finalidad de permitir una defensa eficaz contra la imputación perfecta del ente persecutor.

4. Violencia de género y violencia familiar

Teniendo en cuenta lo precedentemente glosado, para imputar objetivamente el delito contra la vida, el cuerpo y la salud en la modalidad de agresiones en contra de las mujeres o integrantes del grupo familiar, es necesario desarticularlo en subtipos, debiendo considerarse sus elementos objetivos y subjetivos para su configuración, tal como está previsto en el primer párrafo del artículo 122-B del Código Penal, que a la letra dice:

El que de cualquier modo cause lesiones corporales que requieran menos de diez días de asistencia o descanso según prescripción facultativa, o algún tipo de afectación psicológica, cognitiva o conductual que no califique como daño psíquico a una mujer por su condición de tal o a integrantes del grupo familiar en cualquiera de los contextos previstos en el primer párrafo del artículo 108-B, será reprimido con (1991)

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de la República, por medio del Acuerdo Plenario N. 09-2019/CIJ-116, ha establecido el siguiente fundamento:

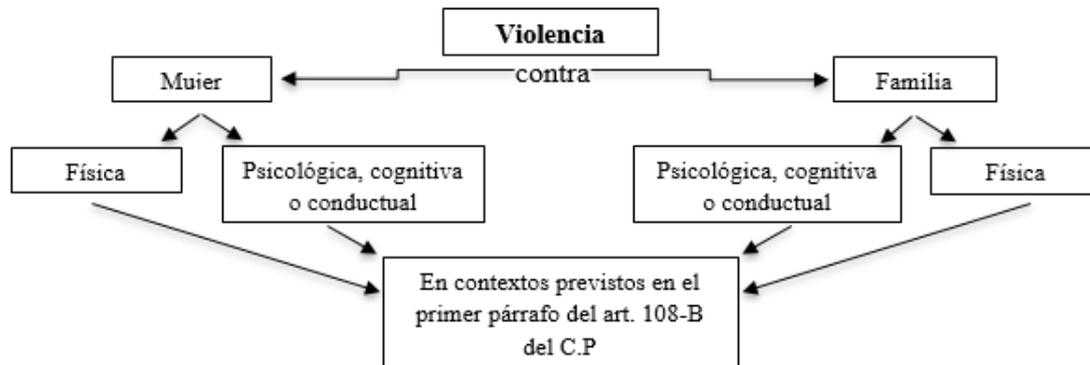
En cuanto al ámbito de protección del tipo penal regulado en el artículo 122-B del Código Penal, éste se desprende de la interpretación de los elementos objetivos del tipo penal —con inclusión, por cierto, de sus elementos de contexto— que incluyen, por un lado, toda clase de agresiones de menor cantidad —o levísimas— cometidas contra una mujer por su condición de tal —violencia de género— y, por otro, las agresiones levísimas cometidas entre integrantes del grupo familiar —violencia doméstica—. (2019, p. 12)

Debe tenerse en cuenta que el artículo 108-B del Código Penal que contiene los contextos referidos, tipifica el delito de feminicidio, por lo que los contextos están adecuados para el verbo rector de dicho tipo penal, esto es, matar a una mujer por su condición de tal. Ahora, el delito previsto en el artículo 122-B de la norma sustantiva tiene dos subtipos: violencia contra la mujer por su condición de tal y violencia contra los integrantes del grupo familiar.

Para un mejor enfoque sobre los subtipos del delito objeto de análisis, en la Figura 1 detallamos los presupuestos típicos objetivos de cada uno:

Figura 1

Estructura del delito de agresiones contra la mujer o integrantes del grupo familiar



4.1. Agresiones físicas contra la mujer

Como señaláramos en los acápites precedentes, es un deber por parte de los órganos del sistema de justicia y un derecho de los justiciables que se efectúe una imputación objetiva y subjetiva, así como una imputación necesaria. Todo esto con el objeto de desarrollar el proceso penal garantizando la ley y la Constitución, específicamente, el debido proceso en su vertiente de tutela jurisdiccional efectiva.

Para poder imputar objetivamente el delito de violencia contra la mujer, es necesario identificar el rol social del sujeto activo y la infracción a su deber que debe materializarse en la lesión de la víctima.

Así, la Constitución Política del Perú en el artículo 2, decreta que toda persona tiene derecho “a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. ... Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole”. Asimismo, la Ley N. 30364, Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, en su artículo 2, inc. 1, “garantiza la igualdad entre mujeres y hombres. Prohíbe toda forma de discriminación. Entendiendo por discriminación, cualquier tipo de distinción, exclusión o restricción, basada en el sexo”.

Entonces, podemos concluir que el rol social de las personas está referido a actuar de una manera que respete el libre desarrollo y bienestar de los demás, así como de tratar con igualdad y equidad a sus semejantes; de tal forma que, si no ocurre, se estaría vulnerando un deber jurídico plasmado en la norma. En consecuencia, la conducta del agente sería de relevancia para el derecho punitivo. Empero, para calificarlo como delito debe concurrir los elementos objetivos y subjetivos del subtipo penal que nos ocupa, entre

ellas, la “mujer” descrita en el texto penal como “condición de tal” o por la condición de ser mujer.

4.1.1. *Tipo objetivo*

Respecto del sujeto activo, la Corte Suprema de Justicia, en el Acuerdo Plenario N. 001-2016/CJ-116, estableció como doctrina legal lo siguiente:

Pese a que el sujeto activo tiene una misma denominación que los delitos comunes en la norma punitiva, esto es la locución pronominal “El que”, que alude, como sujeto activo, tanto al hombre como a la mujer. Sin embargo, el tipo penal de feminicidio es un delito especial, pues el agente tiene condiciones cualificadas y específicas; por lo que, solo puede ser sujeto activo de este delito un hombre, en sentido biológico, pues la muerte causada a la mujer es por su condición de tal. Quien mata lo hace, en el contexto de lo que es la llamada violencia de género; esto es, mediante cualquier acción contra la mujer, basada en su género, que cause la muerte, Así las cosas, solo un hombre podría actuar contra la mujer, produciéndole la muerte, por su género o su condición de tal. Esta motivación excluye entonces que una mujer sea sujeto activo.

En este sentido, solo los hombres pueden cometer este delito, entendiendo por hombre o varón a la persona adulta de sexo masculino. Se trata de un elemento descriptivo que debe ser interpretado, por tanto, en su sentido natural. (2016)

Si bien la suprema corte estableció la condición del sujeto activo en el delito de feminicidio, *mutatis mutandis* es sereno concluir que, en el delito de agresiones contra la mujer por su condición de tal, el sujeto activo también será un hombre. En efecto, este elemento debe analizarse de acuerdo con el caso concreto, pues en los casos donde el sujeto pasivo sea una mujer que no tenga vínculo parental con el agresor, el autor será siempre un hombre. En esta misma línea, la doctrina sostiene que “respecto a la violencia contra las mujeres, en lo que refiere a los sujetos del delito, sujeto activo en la persona de un varón, y sujeto pasivo en la persona de una mujer, durante todo su ciclo de vida” (Guevara, 2017, p. 137).

Teniendo en cuenta que el único que puede lesionar a una mujer por el hecho de serlo, es el hombre, podemos concluir que configurará el injusto penal objeto de análisis, cuando una persona de sexo masculino despliegue su conducta contra otra de sexo femenino por tal condición, produciéndole lesiones corporales que requieran menos de diez días de asistencia o descanso según prescripción facultativa y, además, que se haya

generado dentro de los contextos previstos en el primer párrafo del artículo 108-B de la norma punitiva, las cuales serán examinadas más adelante.

4.1.1. *Tipo subjetivo*

La violencia contra la mujer es un delito doloso, que consiste en el conocimiento y voluntad de producir una lesión. Pero determinar el dolo de las agresiones y distinguirlo del feminicidio es una tarea difícil, por lo que debe tenerse en cuenta los indicios o vestigios objetivos, tales como el móvil, el instrumento empleado por el agente, la intensidad de la agresión, la parte del cuerpo lesionado, entre otros.

Ahora, el artículo 122-B de texto punitivo requiere un elemento subjetivo distinto al dolo, pues no basta que el victimario haya conocido los elementos del tipo objetivo (condición de mujer, idoneidad lesiva de la conducta, creación directa de un riesgo al bien jurídico), sino que además haya agredido a la mujer “por su condición de tal”. Entonces, al conocimiento de los elementos del tipo objetivo, se le agrega un móvil: el agente violenta motivado por el hecho de que la víctima es mujer.

Al respecto, la Suprema Corte, en el Acuerdo Plenario N. 001-2016 precitado, señaló que la violencia contra la mujer ejercida por el hombre, tiene su génesis en la discriminación intemporal, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres. Con relación a estos aspectos, podemos establecer que no son exigibles cuando las víctimas son integrantes del grupo familiar, sea de sexo masculino o femenino, sino solo el dolo y que se produzca en el contexto que establece la Ley N. 30364 (relación de responsabilidad, confianza o poder). En cambio, el contexto referente a la mujer es más amplia, pues se da dentro del entorno familiar o en cualquier otra relación interpersonal. Siendo así, debemos diferenciar cada subtipo (violencia contra la mujer propiamente dicha y como integrante del grupo familiar, y la violencia contra los integrantes del grupo familiar).

El artículo 1 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer – Belem Do Pará, prescribe que “debe entenderse por violencia contra la mujer, cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause la muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público o privado” (1994). En igual sentido, la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en la resolución número 2005/41, definió la violencia contra la mujer como “todo acto de violencia sexista que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer”. En otras palabras, violencia basada en la discriminación contra la mujer por razón del sexo.

La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) en su artículo 1, expresa que “la discriminación contra la mujer denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer” (1979).

En mérito a los argumentos señalados, podemos definir la violencia contra la mujer por su condición de tal, como aquella que está motivada por estereotipos generados y arraigados en el sujeto activo (hombre), quien cree que su actuar, la cual lesiona a la víctima, está fundada por sus creencias históricas relacionadas al dominio y subordinación sobre la mujer. El hombre idea un rol de la mujer dentro de la sociedad, el cual lesiona su dignidad, pues le da un estatus inferior, discriminatorio y diferenciado que degrada su libre determinación, desarrollo y bienestar. “La violencia, entonces, es inseparable de la noción de género porque se basa y se ejerce en y por la diferencia social y subjetiva entre los sexos” (Tello, 2018, p. 85).

4.2. Agresiones psicológicas, cognitivas o conductuales contra la mujer

De acuerdo al diccionario de la Real Academia Española, la psicología es una ciencia que estudia la mente, la conducta y la manera de sentir de las personas, mientras que lo cognitivo está referido al conocimiento, la inteligencia y el razonamiento del individuo. Lo conductual es lo relativo al comportamiento del ser humano en la sociedad, es decir a su actuar de manera determinada dentro del entorno.

Siendo así, este injusto penal se configura cuando el sujeto activo dispensa un trato vejatorio y descalificador contra la mujer con el fin de desestabilizarla psicológica, cognitiva y conductualmente; esto es, cuando provoque tanto un daño mental en la víctima, afectando su inteligencia, raciocinio y sentimientos; como un trastorno en su conducta o comportamiento en la vida privada y pública.

Esta modalidad del tipo penal se materializa cuando el victimario exterioriza una conducta dirigida a ocasionar un daño psicológico en la víctima, es decir, un trastorno mental no momentáneo. Así, no toda acción desplegada por el hombre en un contexto de violencia, generará una agresión psicológica típica, pues el miedo, temor, susto o sobresalto no sería relevante para sancionar penalmente al autor.

En efecto, el resultado que exige el delito en mención es una afectación psicológica (trastorno o alteración de la psique), capaz de causar problemas de agresividad, adaptación psicosocial o en el desarrollo de la personalidad. Al respecto, la Sala Civil Transitoria

de la Corte Suprema de Justicia de la República, en la Casación N. 931-2016 CUSCO, definió las categorías de **maltrato emocional** y de **maltrato psicológico** indicando que la primera representa un estado emocional temporal que no puede ser considerado como maltrato psicológico.

Además, para que configure el delito de lesión psicológica estipulado en el art. 122-B del C.P., debe generarse en el contexto que se exige, sino dicha conducta se adecuará en el ámbito de protección de otros tipos penales independientes que protegen bienes jurídicos diferentes, al encontrarse sancionados por un delito específico.

Se pueden observar casos de agresiones, dirigidas a vulnerar bienes jurídicos, pero que colateralmente son aptas para causar algún tipo de afectación psicológica, representada por el autor. Ello se da en los contextos de encierros, casos de violencia o amenaza para conseguir una ventaja ilegítima, secuestros extorsivos, sustracción de menores, etc., en que los hechos por sí configuran delitos independientes y los daños colaterales se encuentran dentro del ámbito de protección del tipo llamado a aplicar. (Reynaldi, 2018)

Por lo tanto, debe examinarse adecuadamente las conductas denunciadas con la finalidad de subsumirlas en el delito de agresiones psicológicas y así incoar un proceso penal garantizador. Para tal efecto debe tenerse en cuenta que “la información que ha de suministrar la psicología y la psiquiatría son trascendentales para medir la incidencia, las consecuencias producidas por la comisión del hecho punible en las esferas más internas de las víctimas” (Peña, 2017a, p. 368).

4.3. Agresiones físicas contra los integrantes del grupo familiar

El sujeto pasivo (y por tanto sujeto activo), de acuerdo al inciso 2 del artículo 3 del Reglamento de la Ley N. 30364 aprobado por Decreto Supremo N. 009-2016-MIMP, pueden ser los

... cónyuges, ex cónyuges, convivientes, ex convivientes, madrastras, padrastros o quienes tengan hijas o hijos en común; las y los ascendientes o descendientes por consanguinidad, adopción o por afinidad; parientes colaterales hasta el cuarto grado de consanguinidad o adopción y segundo grado de afinidad; y quienes habiten en el mismo hogar siempre que no medien relaciones contractuales o laborales, al momento de producirse la violencia. (2016)

Por lo tanto, la violencia doméstica o intrafamiliar se concretiza dentro del entorno doméstico y abarca las agresiones a la mujer y a las otras personas que conviven en el interior del hogar. Este subtipo penal se sitúa en la propia naturaleza de las relaciones familiares, cuyas características de subordinación y dependencia vendrían a favorecer una posición de dominio de ciertos miembros del grupo familiar sobre otros y la correlativa indefensión de los últimos. “No perdamos de vista que esta violencia cotidiana que toma lugar en el seno familiar se produce de forma sistemática y habitual por parte del agresor, mediando humillaciones de todo calibre de las cuales es presa la mujer agredida” (Peña, 2017b, p. 396) y también los miembros que integran el núcleo de la sociedad.

En ese sentido, podemos concluir que configurará este injusto penal, cuando el victimario despliegue su conducta en contra de algún integrante de su familia, produciendo lesiones corporales que requieran menos de diez días de asistencia o descanso según prescripción facultativa. Además, tendrán que haber sido generadas dentro de los contextos específicos previstos en el primer párrafo del artículo 108-B de la norma punitiva, los cuales se desarrollarán más adelante.

Ahora bien, mientras que el subtipo penal antes expuesto exige que la conducta del agente este motivada por la condición de mujer de la víctima, para este supuesto penal se requiere otros requisitos además del dolo, toda vez que los sujetos pasivos pueden ser tanto mujeres como hombres. Por tanto, a estos no se le puede causar un daño por su condición de tal, sino bajo otros preceptos establecidos en el artículo 6 de la Ley N. 30364, que señala:

La violencia contra cualquier integrante del grupo familiar es cualquier acción o conducta que le causa muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico y que se produce en el contexto de una relación de responsabilidad, confianza o poder, de parte de un integrante a otro del grupo familiar.

Siendo así, no todos los contextos previstos en el primer párrafo del artículo 108-B del código punitivo sería aplicables para el subtipo penal de violencia contra los integrantes del grupo familiar, debido a que están referidos a una acción dirigida contra una mujer por su condición de tal. Entonces, para efectuar una adecuada imputación objetiva y necesaria debe determinarse los contextos aplicables al delito de violencia contra los integrantes del grupo familiar; es decir, las que se generan dentro del contexto de una relación de responsabilidad, confianza o poder.

4.4. Agresiones psicológicas, cognitivas o conductuales contra los integrantes del grupo familiar

Para que se configure este injusto penal, la conducta dolosa del agente debe estar dirigida a causar un daño mental a la víctima (afectación psicológica, cognitiva o conductual), la cual no debe calificar como daño psíquico ni como una afectación emocional. En estos casos, el sujeto activo y pasivo deben tener un vínculo parental, pudiendo ser cónyuges, ex cónyuges, convivientes, ex convivientes, madrastras, padrastros o quienes tengan hijas o hijos en común; las y los ascendientes o descendientes por consanguinidad, adopción o por afinidad; parientes colaterales hasta el cuarto grado de consanguinidad o adopción y segundo grado de afinidad; y quienes habiten en el mismo hogar siempre que no medien relaciones contractuales o laborales, al momento de producirse la violencia psicológica.

Además de los presupuestos arriba exigidos, debe de incluirse los contextos de responsabilidad, confianza o poder, las cuales deben estar ligados o vinculados con la acción agresiva del sujeto activo. Tal como lo prevé el artículo 6 de la Ley N. 30364, que a la letra dice: “La violencia contra cualquier integrante del grupo familiar ... se produce en el contexto de una relación de responsabilidad, confianza o poder, de parte de un integrante a otro del grupo familiar”.

4.5. Los contextos estipulados en el primer párrafo del artículo 108-B del Código Penal

Es un elemento constitutivo del tipo penal que las lesiones corporales o la afectación psicológica, cognitiva o conductual en perjuicio de la mujer o los integrantes del grupo familiar deban producirse en cualquiera de los contextos prescritos en el primer párrafo del artículo 108-B de la norma punitiva: a) violencia familiar, b) coacción, hostigamiento o acoso sexual, c) abuso de poder, confianza o de cualquier otra posición o relación que le confiera autoridad al agente y, d) cualquier forma de discriminación contra la mujer, independientemente de que exista o haya existido una relación conyugal o de convivencia con el agente.

Siendo así, es imperativo analizar el contexto de violencia sea intrafamiliar o de género; pues para que se configure el ilícito penal previsto en el artículo 122-B del Código Penal, no basta que la conducta del sujeto activo ocasione la lesión física o psicológica a una mujer o a un familiar, sino que este debe darse en un contexto determinado. En tal sentido, es menester señalar los argumentos del Acuerdo Plenario N. 1-2016/CJ-116.

- **Violencia Familiar:** tiene dos niveles: a) *violencia contra las mujeres*. Definido como cualquier acción o conducta que les causa muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico por su condición de tales, tanto en el ámbito público como en el privado. La motivación de esta conducta frecuente del hombre es la actitud de desprecio, subestimación, supuesta legitimidad para sancionarla por incumplimientos de roles estereotipados, misoginia o celotipia basada en la despersonalización o subestimación de la víctima. b) *violencia familiar en general*. Es cualquier acción o conducta que le causa muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico y que se produce en el contexto de una relación de responsabilidad, confianza o poder, de parte de un integrante a otro del grupo familiar.
- **Coacción:** Actos pequeños pero sistemáticos de agresión a la mujer para obligarla (distribución injusta de quehaceres domésticos) o impedirle hacer (estudiar o trabajar) algo no prohibido ni impedido por la ley.
- **Hostigamiento:** Molestias o burlas relacionadas con el menosprecio del hombre hacia la mujer, con una búsqueda constante de rebajar su autoestima o su dignidad como persona. El hostigador, sin ejercer actos de violencia directa, va minando la estabilidad psicológica de la víctima, incluso con actos sutiles o sintomáticos.
- **Acoso sexual:** El hostigamiento (acoso sexual en el lenguaje del Código Penal) tiene dos variantes: el hostigamiento sexual típico o chantaje sexual y el hostigamiento sexual ambiental. El primero “consiste en la conducta física o verbal reiterada de naturaleza sexual o sexista no deseada o rechazada, realizada por una o más personas que se aprovechan de una posición de autoridad o jerarquía o cualquier otra situación ventajosa, en contra de otra u otras, quienes rechazan estas conductas por considerar que afectan su dignidad, así como sus derechos fundamentales”. En tanto que el segundo “consiste en la conducta física o verbal reiterada de carácter sexual o sexista de una o más personas hacia otras con prescindencia de jerarquía, estamento, grado, cargo, función, nivel remunerativo o análogo, creando un clima de intimidación, humillación u hostilidad”.
- **Prevalimiento:** Las típicas conductas son el abuso de poder, confianza o cualquier posición o relación que le confiera autoridad al agente; esto es, el de aprovecharse o valerse de una posición de poder, confianza o legitimación para someter o pretender sojuzgar arbitrariamente a la mujer, en el ámbito privado o público. Las formas de prevalerse de una posición determinada pueden ser de distinta índole: familiar, laboral —privada o

pública— militar, policial, penitenciaria. Tres son las consideraciones a tener en cuenta para su configuración: a) la posición regular del agente, en la familia, en la empresa, en la institución del Estado, en la Policía o en las Fuerzas Armadas, en la institución educativa o de salud, en el establecimiento penitenciario; b) la relación de autoridad que surge de esa posición funcional (estado de subordinación, obediencia, sujeción); c) el abuso de la posición funcional (desvío de poder) para someter, humillar, maltratar a la mujer.

- **Actos de discriminación:** Se entiende por discriminación, la actitud de impedir la igualdad de oportunidades o de dar igual trato a la mujer, en cualquier ámbito (personal, familiar, laboral, de salud, educativo) por motivos sexistas o misóginos (pp. 18-21).

Del análisis de la doctrina legal desarrollada, evidenciamos que los factores o circunstancias de los contextos de violencia están referidos en contra de la mujer y no de los integrantes del grupo familiar. Así se advierte, por ejemplo, del último contexto —actos de discriminación— que se produce por motivos misóginos, es decir aversión, rechazo o repugnancia a las mujeres, lo que no podría suscitarse en contra de un integrante del grupo familiar de sexo masculino.

Por tal razón, las agresiones físicas o psicológicas en contra de algún integrante del grupo familiar deben producirse bajo contextos específicos establecidos en la Ley N. 30364, que se produce en el contexto de una relación de responsabilidad, confianza o poder, por parte de un integrante a otro del grupo familiar.

4.6. Problemas probatorios en el delito de violencia de género o intrafamiliar

La Corte Suprema de Justicia en el Acuerdo Plenario N° 002-2016/CJ-116, estableció que la evaluación psicológica de la víctima debe elaborarse bajo los parámetros de la Guía de Evaluación Psicológica Forense del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses del Ministerio Público. Por su parte, la Ley N. 30364 señala que tendrán valor probatorio aquellos informes elaborados acorde a cualquier parámetro técnico que permita determinar el tipo y grado del daño o afectación de la víctima.

Al respecto, en el acuerdo plenario precitado la suprema corte predicó lo siguiente:

La ciencia médica ha catalogado diversas alteraciones a la salud mental, como consecuencia de traumas y factores de estrés, como el Estrés Agudo y el Estrés Post Traumático (TEPT). De la misma forma es de resaltar que el estrés agudo es la respuesta inmediata al estímulo que lo produce y tiene que ser adecuadamente diferenciado de la afectación psicológica, por los expertos debido a los efectos jurídicos que implica.

Toda esta tarea esencialmente científica se halla en manos de médicos psiquiatras y profesionales psicólogos quienes en sus respectivos campos han de presentar informes solventes y cabales sobre el caso concreto que ilustren adecuadamente a la judicatura.

...

El juez no está vinculado automática o mecánicamente a tales conclusiones, sino que debe valorar la calidad, suficiencia y profundidad de la pericia y habilidad profesional del perito. (2017)

En mérito a lo arriba dicho, es imperativo determinar la afectación psicológica del delito de agresiones contra la mujer o integrantes del grupo familiar, siendo necesario tener certeza y seguridad que el resultado “afectación psicológica, cognitiva y conductual” se produjo a causa del accionar del agresor, lo cual es de suma importancia porque será determinante para condenar.

En ese sentido, el procedimiento evaluador para concluir si la víctima sufre una afectación psicológica, debe revestir de rigor y solícito por parte de los psicólogos expertos. Para tal efecto, el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses del Ministerio Público, elaboró la Guía de Evaluación Psicológica Forense en Casos de Violencia Contra las Mujeres y los Integrantes del Grupo Familiar; y en Otros Casos de Violencia.

No obstante, lo precedentemente señalado en el artículo 26 (certificados e informes médicos) de la Ley N. 30364 de manera textual expresa que “los certificados e informes que expidan los médicos de los establecimientos públicos de salud de los diferentes sectores e instituciones del Estado y niveles de gobierno, tienen valor probatorio acerca del estado de salud física y mental en los procesos”.

Asimismo, establece que

... los certificados e informes que califican o valoran el daño físico y psíquico, así como la afectación psicológica, cognitiva o conductual de la víctima deben estar acordes con los parámetros médico-legales del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses del Ministerio Público. (2015)

Sin embargo, a reglón seguido señala que “también tendrán valor probatorio aquellos informes elaborados acorde a cualquier parámetro técnico que permita determinar el tipo y grado del daño o afectación”.

Ahora, si bien la Guía para Determinar la Afectación Psicológica permite la evaluación a las y los perjudicados del delito previsto en el art. 122-B C.P., por parte de profesionales en psicología de cualquier institución públicas; empero, estos deben seguir las directrices para la evaluación psicológica forense. Lo contrario conllevaría a que el informe psicológico que emitan tenga la condición de prueba referencial y que no revistan de suficiencia probatoria para desvirtuar la presunción de inocencia del acusado, y emitir una sentencia condenatoria.

De otro lado, si el Informe Psicológico practicado a la víctima de agresiones concluye que no presentó afectación psicológica, lo que determinaría la atipicidad del delito; empero, la controversia debe ser dilucidada en el Juzgado de Paz Letrado como falta, pues es posible que la conducta del agresor configure violencia psicológica de competencia de la justicia de paz. Esto se debe a que el propio texto del artículo 442 del Código Penal, ha tipificado como Falta el maltrato psicológico como sigue: “El que maltrata a otro física o psicológicamente, o lo humilla, denigra o menosprecia de modo reiterado, sin causarle lesión o daño psicológico, será reprimido con ...”.

5. Resultados y conclusiones

La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer de Belem Do Pará y el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer recomendó al Perú, como Estado parte, adoptar políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, para protegerlas contra todo tipo de violencia. Nuestra nación ratificó estos convenios, por lo que se comprometió a garantizar el cumplimiento efectivo de estos instrumentos internacionales en el sentido de brindar una respuesta a la violencia que se ejerce en perjuicio de la mujer.

En ese sentido, los funcionarios que conforman el sistema de justicia deben contar con la capacidad y competencia para erradicar la violencia contra las mujeres o integrantes del grupo familiar, adoptando diversos mecanismos para abordar este fenómeno. Esto no solo debe ocurrir por orden constitucional o convencional sino también por exigencia de nuestra naturaleza humana y así poder desarrollar una ideología social capaz de quebrar el pensamiento estereotipado de las personas o colectividad.

También debemos ser exhaustivos y diligentes al momento de investigar un delito aparentemente complejo como es el de agresiones contra la mujer o integrantes del

grupo familiar previsto y sancionado en el artículo 122-B del Código Penal, tomando conciencia del problema social que ocasiona. Siendo así, los operadores de justicia tienen la obligación de efectuar una debida imputación objetiva, subjetiva y una imputación necesaria perfecta.

Y por nuestra parte, para eliminar los prejuicios y estereotipos es importante evitar extraer conclusiones anticipadas, ser más prudentes y empáticos, instruirse sobre los datos objetivos que rompen los prejuicios. También debe tenerse un sentido crítico y reflexivo, reconocer los prejuicios para ser más conscientes cuando se actúa a partir de ese criterio interno y se pueda corregir.

Referencias

- Acuerdo Plenario N. 002-2016/CJ-116. (2017). Corte Suprema de Justicia de la República del Perú. <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/deb14080431af710ad35bfe6f9d33819/X+Pleno+Supremo+Penal.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=deb14080431af710ad35bfe6f9d33819>
- Acuerdo Plenario N. 09-2019/CIJ-116. (2017). Corte Suprema de Justicia de la República del Perú. <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/d77162804ff83abcb31ab76976768c74/9-2019.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=d77162804ff83abcb31ab76976768c74>
- Acuerdo Plenario N. 001-2016/CJ-116. (2017). Corte Suprema de Justicia de la República del Perú. <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/deb14080431af710ad35bfe6f9d33819/X+Pleno+Supremo+Penal.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=deb14080431af710ad35bfe6f9d33819>
- Bramont, L. (2008). *Manual de Derecho Penal Parte General*. Editorial y Distribuidora de Libros.
- Casación N. 931-2016 CUSCO. (2016). Corte Suprema de Justicia de la República del Perú. <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2018/04/LP-Casacion-913-2016-Cusco.pdf>
- Convención Americana sobre Derechos Humanos. (1969). Organización de los Estados Americanos. https://www.oas.org/dil/esp/1969_Convenci%C3%B3n_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf
- Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, CEDAW. (1979). Organización de las Naciones Unidas. <http://www.oas.org/dil/esp/1979-Convencion.pdf>

- Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, Belem Do Pará. (1994). Organización de los Estados Americanos. <https://www.oas.org/es/mesecvi/docs/BelemDoPara-ESPANOL.pdf>
- Decreto Legislativo N. 635, Código Penal. (1991). Poder Ejecutivo del Perú. <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/detallenorma/H682692>
- Decreto Supremo N. 009-2016-MIMP. (2016). Poder Ejecutivo del Perú. <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/decreto-supremo-que-aprueba-el-reglamento-de-la-ley-n-30364-decreto-supremo-n-009-2016-mimp-1409577-10/>
- Expediente N. 4989-2006-PHC/TC, Lima. John Mc. Carter y otros. (2006). Tribunal Constitucional del Perú. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/04989-2006-HC.pdf>
- Guevara, I. (2017). *A propósito de los delitos de lesión por motivos de género en agravio de la mujer*. Gaceta Jurídica.
- Ley N. 30364, Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar. (2015). Poder Legislativo del Perú. <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/detallenorma/H1141065>
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. (1966). Organización de las Naciones Unidas. https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/ProfessionalInterest/ccpr_SP.pdf
- Peña, A. (2017a). *Delitos contra la vida, el cuerpo y la salud*. Gaceta Jurídica.
- Peña, A. (2017b). *Derecho Penal. Parte Especial*. Importadora y Distribuidora Editorial Moreno.
- Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 2005/41. (2005). Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2005/3447.pdf>
- Reynaldi, R. (2018). Lesión psicológica y criterios de imputación. Daño psíquico y afectación psicológica como parámetros diferenciales. *Pasión por el Derecho*. <https://lpderecho.pe/lesion-psicologica-imputacion-dano-psiquico-afectacion-psicologica-parametros-diferenciales/>
- Roxin, C. (1997). *Derecho Penal Parte General Tomo I, Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*. Civitas. https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2020/03/derecho_penal_-_parte_general_-_claus_roxin-LP.pdf
- Tello, G. (2018). *Rompiendo el silencio. El acceso a la justicia de la mujer en el delito de violación sexual en el Perú: un estudio de género*. Ático Editores.



REFLEXIONES SOBRE LA CADUCIDAD EN EL PROCESO PENAL TRAMITADO CONTRA KEIKO FUJIMORI*

*Julio Arturo Cupe Gonzáles***

Universidad Privada Norbert Wiener

jcupe@pucp.gob.pe

Resumen: La caducidad aplicada a los actos procesales en el proceso penal es una institución incorporada por el Código Procesal Penal - Decreto Legislativo N. 957, y como tal tiene efectos fulminantes sobre lo que pudo o debió hacerse en un período determinado, pues es su consecuencia jurídica frente al vencimiento de un plazo.

Si bien es un asunto ya abordado por la Suprema Corte de Justicia de la República en varias casaciones, se ha establecido una sentencia con carácter de doctrina jurisprudencial vinculante que aplica los efectos de la caducidad a las acciones fiscales que pueden vulnerar las facultades constitucionales del Ministerio Público y, además, generar supuestos en los que un proceso penal no puede tener un pronunciamiento final con el que se resuelva el caso concreto.

En ese sentido, en el presente trabajo se argumenta que la potestad fiscal de ampliar o prorrogar el plazo de las diligencias preliminares tiene el carácter de potestad constitucional, en tanto es manifestación del ejercicio de la acción penal y, por tanto, no puede ser objeto de la caducidad ante la omisión de un acto procesal dentro del plazo preestablecido.

Palabras clave: Caducidad, plazo, Diligencias Preliminares.

REFLECTIONS ON THE EXPIRY OF THE CRIMINAL PROCESS PROCESSED AGAINST KEIKO FUJIMORI

* Este artículo muestra un aspecto de las conclusiones arribadas en la tesis *Los efectos de la caducidad sobre disposiciones fiscales de ampliación del plazo en las diligencias preliminares en el Código Procesal Penal del 2004 – Lima 2018*, sustentada por el autor para obtener el título profesional de abogado. Ver documento completo en Cupe Gonzales (2018).

** Abogado por la Universidad Privada Norbert Wiener, Asistente en Función Fiscal del Ministerio Público y actual discente en la Maestría de Derecho Penal de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Abstract: The expiration applied to procedural acts in the criminal process is an institution incorporated by the Criminal Procedure Code - Legislative Decree N. 957, and as such has fulminating effects on what could or should have been done in a given period, since it is its consequence in expiration.

Although it is a matter already addressed by the Supreme Court of Justice of the Republic in several cassations, a ruling has been established with the character of binding jurisprudential doctrine that applies the effects of expiration on tax actions that, if said jurisprudential position, they violate the constitutional powers of the Public Ministry and, furthermore, would generate cases where a criminal proceeding cannot have a final ruling with which the specific case is resolved.

In that sense, in the present work it is argued that the fiscal power to extend or extend the term of the preliminary proceedings has the character of constitutional power, as it is a manifestation of the exercise of criminal action and, therefore, cannot be subject to of expiration before the omission of a procedural act within the pre-established term.

Keywords: Expiration, Term, Preliminary Proceedings.

1. Introducción

En la práctica fiscal se observa como algo común el hecho de que las Diligencias Preliminares iniciadas ante una noticia criminal se dan por un plazo de 60 días o menos, de acuerdo al artículo 334.2 del Código Procesal Penal —claro está, desde su modificatoria por el Artículo 3 de la Ley N. 30076, publicada el 19 agosto del 2013, toda vez que antes el plazo regulado era de 20 días—, pero al no cumplirse con los objetivos de la misma, se emite una disposición fiscal que decide ampliar o prorrogar el plazo de dicha investigación y así continuar con la realización de diligencias.

Este acto procesal de ampliación o prórroga del plazo de las Diligencias Preliminares viene siendo cuestionado por la defensa de los investigados por presuntas afectaciones al plazo razonable. Sin embargo, cuando la disposición fiscal de ampliación del plazo de las diligencias preliminares es emitida con posterioridad al vencimiento del primer plazo fijado (60 días o menos, según se haya establecido en la primera disposición fiscal), se alega también la caducidad de dicho acto procesal en mérito a lo regulado en el artículo 144.1 del Código Procesal Penal-Decreto Legislativo N. 957, el cual regula que el vencimiento de un plazo máximo implica la caducidad de lo que se pudo o debió hacer, salvo que la Ley permita prorrogarlo.

Ese es, pues, el punto de quiebre que ha generado pretensiones encontradas entre la posición del Ministerio Público y la defensa de los investigados ante los órganos jurisdiccionales, como también ha sido objeto de análisis por parte de la doctrina y variada jurisprudencia. Podemos señalar como ejemplos los de la Corte Suprema de Justicia de la República en la Casación N. 54-2009 (Talavera, 2016) y N. 134-2012-Ancash (Poder Judicial del Perú, 2013), en donde se tratan casos de disposiciones fiscales emitidas fuera del plazo preestablecido durante la Investigación Preparatoria, entendida esta como la etapa conformada por las Diligencias Preliminares y la Investigación Preparatoria propiamente dicha, y como tema de discusión se tiene la aplicación de la caducidad frente al vencimiento de plazos máximos, según el artículo 144.1 del Código Procesal Penal.

La caducidad es una institución regulada en el Código Civil peruano, específicamente en su artículo 2003, en donde se establece que la caducidad extingue el derecho y la acción correspondiente. En la doctrina civilista persiste aún el debate en determinar si la caducidad recae sobre el derecho y la acción o solo sobre alguno de ellos dos y sobre sus efectos se han emitido diversos pronunciamientos, tanto desde la doctrina como la jurisprudencia. Tal es así que Osterling y Castillo (2004) señalan que la caducidad recae solo sobre los derechos. Por su parte, Ariano (2015) plantea que la caducidad recae sobre el derecho y la acción correspondiente.

Sin embargo, ese no es el caso en materia penal y procesal penal, dado que existe poca literatura al respecto, lo cual puede explicarse porque su incorporación al sistema punitivo recién se dio con la regulación legal de la caducidad en el Código Procesal Penal, específicamente en su artículo 144.1, en donde regula que el vencimiento de un plazo máximo implica la caducidad de lo que se pudo o debió hacer, salvo que la Ley permita prorrogarlo.

La caducidad tiene consecuencias fulminantes sobre lo que se pudo o debió hacer, tal como lo señala la Ley. Frente al vencimiento de un plazo máximo, y al no hacerse distinción en dicho articulado sobre qué actos procesales emitidos por los sujetos procesales podría recaer dicha sanción de caducidad, podría inferirse que entre los sujetos pasibles podría estar el Ministerio Público y sus actos procesales. De hecho, así lo estableció la Corte Suprema de Justicia de la República en la Casación N. 134-2012-Ancash (Poder Judicial del Perú, 2013) al señalar que opera la caducidad sobre una disposición fiscal de ampliación de plazo de las Diligencias Preliminares que fuera emitida luego de haberse vencido el plazo primigenio de dicha sub-etapa procesal y que, por lo tanto, los efectos de la caducidad recaían sobre dicho acto procesal fiscal.

No obstante, aceptar lo establecido por la Corte Suprema de Justicia de la Republica en dicha casación podría implicar sostener que los efectos de la caducidad no solo operarían sobre una disposición fiscal de ampliación o prórroga del plazo de las Diligencias Preliminares, sino también sobre cualquier otro tipo de disposición fiscal que eventualmente podría emitirse. Esto es así porque el artículo 144.1 del Código Procesal Penal señala que la caducidad surte efectos sobre todo lo que se pudo o debió hacer, lo cual podría hacer extensiva la caducidad sobre disposiciones de formalización de investigación preparatoria, de aplicación del principio de oportunidad, entre otros pronunciamientos regulados por la Ley.

Partiendo de dicha premisa, al señalarse que ante el vencimiento del plazo de las Diligencias Preliminares opera la caducidad y que por ello el Ministerio Público ya no tendría la facultad de hacer lo que pudo o debió, se podría inferir que tácitamente se aceptaría la hipótesis de que dicha entidad no tendría la facultad de ejercer la acción penal, archivar la investigación o disponer cualquier otro tipo de pronunciamientos fiscales establecidos en la Ley.

Esta problemática ha sido tratada nuevamente en el caso Keiko Fujimori, en el expediente N. 244-2017-2, poniendo nuevamente en debate los efectos de la caducidad en el proceso penal. Atendiendo a esto, en el presente trabajo realizaremos un análisis crítico sobre los fundamentos expuestos por el Poder Judicial, en donde intervino la Sala Penal Nacional, en primera y segunda instancia, e incluso la Corte Suprema de la República, vía recurso de Casación, sobre un control de plazo y la aplicación de la caducidad sobre disposiciones fiscales que ampliaban el plazo de las diligencias preliminares.

Como se explicará, el caso necesariamente nos remitirá al análisis de la Casación N. 134-2012-Ancash, toda vez que constituye el argumento base para resolver el caso concreto, aunque también la Casación N. 54-2009, poniendo en vitrina nuevamente el tema de la caducidad y sus efectos sobre las diligencias preliminares, que viene discutiéndose en procesos penales desde hace ya mucho tiempo.

Con ello no se pretende más que poner en debate una cuestión que aparentemente fue esclarecida por la Corte Suprema con su doctrina jurisprudencial establecida con la Casación N. 134-2012-Ancash. Esto obedece a que, hasta la fecha, sigue siendo un tema controvertido e incluso, puede ser objeto de nuevos criterios doctrinarios y jurisprudenciales para el correcto funcionamiento del sistema procesal de corte acusatorio-garantista.

2. Materiales y métodos

Como materiales del presente trabajo se tienen los principales pronunciamientos en vía de casación emitidos por la Corte Suprema de Justicia de la República que tratan la institución de la caducidad aplicada al proceso penal peruano, bajo las normas del Código Procesal Penal. Aquello implicó el análisis documental profundo de la jurisprudencia, con el despliegue de técnicas hermenéuticas, que dieron consistencia al estudio de los materiales jurisprudenciales seleccionados.

Asimismo, el análisis es abordado también con el método dogmático, por el estudio crítico de la norma contenida en el artículo 144.1 del Código Procesal Penal, así como los pronunciamientos de la doctrina y jurisprudencia sobre el tema, que son puestos a crítica desde una perspectiva sistemática del ordenamiento procesal penal.

Debe precisarse que para el desarrollo de la investigación se utilizó tan solo jurisprudencia nacional emitida en el marco del Código Procesal Penal, pues se tiene por fin poner en debate los lineamientos jurisprudenciales de la caducidad y sus efectos nocivos al sistema procesal penal peruano de corte acusatorio – garantista.

3. Cuestiones preliminares

Para un mejor entendimiento de los fundamentos expuestos en las resoluciones materia de análisis, corresponde realizar una evaluación previa de dos casaciones en particular, por ser el fundamento directo o indirecto de la caducidad sobre actuaciones fiscales. Dichas casaciones son las siguientes: Casación N. 54-2009 y Casación N. 134-2012-Áncash.

3.1. Casación N. 54-2009

El caso concreto materia de análisis en la Casación N. 54-2009 puede verse en Talavera (2016), en donde se tiene que:

- Se dispuso la conclusión de la investigación preparatoria.
- En el 344 apartado 1) del NCPP se regula un plazo de 15 días para formular acusación o requerir sobreseimiento que se computa desde la conclusión de la investigación preparatoria.
- No se emitió requerimiento fiscal dentro del plazo y se solicitó caducidad sobre la atribución del fiscal para emitir pronunciamiento.

Sus fundamentos jurídicos relevantes para el tema de análisis son los siguientes:

- Cuarto considerando.- Los apartados 1 y 2 del 144 del NCPP no pueden tener interpretación literal, por lo que se requiere establecer qué actos procesales son sancionados con la caducidad y qué debe entenderse como actividades fiscales y judiciales que son sancionados disciplinariamente.
- Octavo considerando.- El principio de igualdad de armas establece que las partes cuenten con los mismos medios de ataque y defensa; sin embargo, no se vulnera dicho principio cuando la ley otorga privilegios procesales a una de las partes con un fundamento constitucional. Puede darse desigualdad de armas en algunos casos por intereses constitucionales. Un caso de desigualdad, legítima desde la Constitución, se da sobre las atribuciones que ejerce el fiscal por orden de la misma norma fundamental, como lo es, por ejemplo, el ejercicio de la acción penal. “Tal ejercicio no puede ser interpretado como una vulneración al principio de igualdad de armas, que tiene su principal plasmación en la actividad probatoria ...”.
- Noveno considerando.- Las actividades fiscales y judiciales son sancionados disciplinariamente son relacionadas sobre actos de ejercicio de la acción penal, en caso de fiscales, y la expedición de resoluciones, en caso de jueces. “... al estar en estrecha relación con las funciones que la Constitución le asigna al Ministerio Público y al Poder Judicial de manera exclusiva y excluyente no pueden ser sancionadas con la caducidad del plazo establecido por ley para emitir su dictamen o resolución, lo cual importaría una vulneración de las citadas normas constitucionales”.
- Décimo considerando.- Emitir acusación o sobreseimiento forman parte de las atribuciones del Ministerio Público, en aras del ejercicio de la acción penal, por lo que no están afectos a la caducidad del 144.1 del NCPP. Asumir lo contrario implicaría crear un nuevo supuesto de sobreseimiento por no emitir pronunciamiento dentro del plazo y, además, un supuesto de cese de la acción penal, lo cual afectaría el principio de legalidad, oficialidad y obligatoriedad del ejercicio de la acción penal.

Atendiendo a sus fundamentos, en la Casación N. 54-2009 se parte de la teoría de supremacía de la Constitución, por ello se plantea que ninguna norma legal puede suprimir atribuciones constitucionales. Asimismo, se infiere que la sanción de caducidad solo podrá aplicarse en los plazos que no son comprendidos en las actividades fiscales y judiciales que son sancionados disciplinariamente.

En su décimo tercer considerando establece que una interpretación literal implicaría crear jurisprudencialmente un supuesto para requerir sobreseimiento. Sin embargo, deja de lado el hecho que la caducidad opera sobre lo que se pudo o debió hacer dentro del plazo vencido, lo cual incluso dejaría de lado la validez de un requerimiento de sobreseimiento frente a un plazo vencido.

3.2. Casación N. 134-2012-Áncash

Los hechos relevantes que fueron materia de pronunciamiento en la Casación N. 134-2012-Áncash (Poder Judicial, 2013) son los siguientes:

- El 18/11/2010 se inicia la investigación en fiscalía.
- El 09/06/2010 la fiscalía adecúa la “denuncia” a las normas del NCPP.
- El 05/07/2011 se dispone precedente realizar diligencias preliminares en sede policial por 90 días.
- El 17/10/2011 se declaró compleja la investigación.
- Se pide control de plazo debido a que el plazo primigenio de 90 días venció el 03 de octubre de 2011, y fuera del plazo se declaró compleja la investigación (17/10/2011).

Sus fundamentos jurídicos relevantes para el tema de análisis son los siguientes:

- Primer considerando.- Se remite a la casación N. 54-2009, en donde se estableció como jurisprudencia vinculante que las actividades relacionadas con el ejercicio de la acción penal, en caso de fiscales, *no pueden ser sancionadas* con la caducidad del plazo establecido por ley; esto en la medida en que implicaría la afectación de normas constitucionales y legales citadas. El artículo 144 del NCPP no establece que la actividad fiscal pueda ser objeto de caducidad, como, por ejemplo, en el ejercicio de la acusación.
- Segundo considerando.- En base al inciso 1 del artículo 144 del NCPP, el cual señala que solo puede prorrogarse un plazo cuando la ley lo señale, se concluye que, frente al vencimiento del término para llevar una determinada actuación procesal a cargo del Ministerio Público, no corresponde el amparo de solicitudes de prórroga del mismo, menos que frente a la conclusión del plazo se pretenda calificar el caso como complejo.

Resulta contradictorio que se señale en la casación que, en el caso concreto, ante el vencimiento de la “investigación preliminar”, la fiscalía debe proceder con la acusación o sobreseimiento. Sin embargo, ello no guarda sentido alguno porque la investigación sobre la cual se resuelve el caso concreto se encuentra en diligencias preliminares y, en todo caso, correspondería emitir un archivo o la formalización de la investigación preparatoria.

Por último, considerar válido el fundamento de que en las actuaciones fiscales no opera la caducidad del 144 del Código Procesal Penal —regla jurídica de la casación N. 54-2009—, hace también que sea contradictorio concluir en la casación que el fiscal no pueda emitir una disposición fuera del plazo de la investigación (prórroga o calificación del caso como complejo, entre otros).

4. Análisis del caso Keiko Fujimori

En cuanto al incidente generado por el control de plazo solicitado por la defensa de la parte investigada, este fue objeto de un pronunciamiento jurisdiccional en doble instancia e, incluso, en sede de casación, por lo que, corresponde analizar estas tres resoluciones judiciales.

El expediente N. 244-2017-2 es uno de los casos más mediáticos que ha emitido pronunciamiento sobre el tema de la caducidad de los actos fiscales, tramitado ante el Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional, en primera instancia. Cabe precisar que dicho expediente fue generado en mérito a los cuestionamientos realizados sobre la investigación fiscal realizada por el Tercer Despacho de la 2.^a Fiscalía Supraprovincial Corporativa Especializada en Delitos de Lavado de Activos.

Reiteramos, el correcto análisis de la jurisprudencia implica conocer y entender el caso en concreto sujeto a resolución por parte del órgano jurisdiccional.

Por ello, el caso puede resumirse en los siguientes actos procesales:

- Mediante Disposición N. 01 de fecha 08 de marzo del 2016, se fija el plazo de sesenta días para la investigación preliminar.
- Mediante Disposición Fiscal N. 02 de fecha 20 de mayo del 2016 se impulsa la investigación, disponiendo la realización de diligencias que aún no se ha recabado ampliando por sesenta (60) días adicionales al primero.
- Mediante Disposición Fiscal N. 07 de fecha 06 de octubre del 2016, se amplió la investigación por sesenta (60) días adicionales.

- Mediante Disposición Fiscal N. 11 de fecha 15 de agosto del 2017, se dispuso ampliar el plazo de la investigación preliminar por noventa (90) días.
- Mediante Disposición Fiscal N. 13 de fecha 27 de setiembre del 2017, la Fiscalía adecúa la Investigación Preliminar a las normas contenidas en el Decreto Legislativo N. 957 - Código Procesal Penal y a la Ley N. 30077 - Ley Contra el Crimen Organizado; señalando como plazo para las diligencias preliminares el de treinta y seis (36) meses, que debería contabilizarse desde el 08 de marzo del 2016.

4.3. Análisis de los fundamentos emitidos en primera instancia

Los fundamentos expuestos por la Sala Penal Nacional en primera instancia, respecto del control de plazo, está contenido en la resolución judicial número dos de fecha 17 de noviembre de 2017 (Poder Judicial, 2017), y se reducen a los fundamentos expuestos en la Casación N. 134-2012-Ancash, tal como se evidencian en sus fundamentos 5.8 y 5.9.

En efecto, en su fundamento 5.8., el Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional establece las siguientes cuestiones de hecho:

- Una vez iniciada la Investigación Preliminar por sesenta (60) días que venció el día 7 de mayo del 2016; recién fue ampliada mediante Disposición Fiscal N. 2, después de 13 días de vencido el plazo otorgado, como fue el día 20 de mayo del 2016.
- Asimismo, tomando como partida la Disposición Fiscal N. 2 también por sesenta (60) días, que venció el día 19 de julio del 2016; recién fue ampliada mediante Disposición Fiscal N. 7 después de 77 días (2 meses y 17 días) de vencido el plazo otorgado, como fue el día 06 de octubre del 2016.
- De igual modo, tomando como partida la Disposición Fiscal N. 7 también por sesenta (60) días, que venció el día 05 de diciembre del 2016; recién fue ampliada mediante Disposición Fiscal N. 11 después de 250 días (8 meses y 10 días) de vencido el plazo otorgado, como fue el día 15 de agosto del 2017.
- Finalmente, mediante Disposición Fiscal N. 13 de fecha 27 de setiembre del 2017 (ver folios 2680), la Fiscalía adecúa la Investigación Preliminar a las normas contenidas en el Decreto Legislativo N. 957 – Código Procesal Penal y a la Ley N. 30077 – Ley Contra el Crimen Organizado, señalando como plazo para las diligencias preliminares el de treinta y seis (36) meses, que debería contabilizarse desde el 08 de marzo del 2016.

En base a estos hechos, tal como lo menciona en la última parte de su párrafo 5.8., se concluye que el Ministerio Público expidió diversas Disposiciones Fiscales de ampliación de plazo de la investigación preliminar, como son la Disposición N. 2, N. 7, N. 11 y N. 13, cuando ya se encontraban vencidos en exceso los plazos previstos inicialmente; lo cual vulnera lo desarrollado vía doctrina jurisprudencial en la Casación N. 134-2012–Ancash.

En su párrafo 5.9. señala que, para realizar una ampliación o prórroga de cualquiera de las etapas de la investigación preparatoria, el fiscal deberá de proceder antes que el plazo venza. En el caso de que el plazo señalado haya vencido, no será posible que el Fiscal proceda a una ampliación, debido a que la oportunidad para ello habría caducado, pues no se ha realizado antes de su vencimiento.

En consecuencia, al sostenerse que no puede emitirse disposición fiscal estando un plazo vencido, y siendo que el Ministerio Público incurrió en dicho supuesto, se estableció que dicha facultad de la fiscalía habría caducado y por lo tanto se declaró fundado el control de plazo en el caso concreto.

Como se advierte en la resolución judicial emitida por el Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional, su análisis se remite a los fundamentos de la Casación N. 134-2012–Ancash, por lo que nos remitimos a las críticas ya expuestas.

4.4. Análisis de los fundamentos emitidos en segunda instancia

Luego de interponerse por parte del Ministerio Público el recurso de apelación sobre la resolución N. 02, de fecha 17 de noviembre de 2017, emitida por el Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional, la segunda instancia recayó sobre la 1ª Sala Penal Nacional, la misma que emitió la resolución N. 16, de fecha 26 de febrero de 2018 (Legis Perú, 2018).

Sus principales fundamentos en relación al tema materia de análisis son los siguientes:

- En su párrafo 3.15.iii., la Sala establece que, cuando existan personas afectadas por los actos de indagación preliminar que desarrolla el Ministerio Público en las Diligencias Preliminares, se exige que el Ministerio Público emita en un plazo razonable, un pronunciamiento sobre la viabilidad o no de la promoción de la acción penal. En este caso, a parte de los criterios de evaluación que otorga la garantía del plazo razonable, debe ponderarse

también las finalidades de las Diligencias Preliminares y los derechos que se estarían afectando a las personas vinculadas con las indagaciones.

- En su párrafo 4.5., la Sala señala que mediante las Disposiciones N. 1, 2 y 7 se ordenaron la realización de actos de investigación que no se repiten en las demás Disposiciones.
- En su párrafo 4.6., la Sala establece que en las Disposiciones posteriores a la N. 13, se ordenaron varios actos de investigación y tomas de declaraciones.
- En su párrafo 4.9., la Sala señala que la complejidad de los hechos investigados —por tratarse de una organización criminal, y la existencia de múltiples actos de investigación por realizarse, aunado a la afectación real de los investigados—, motivan que el plazo de 36 meses de las Diligencias Preliminares sea razonable.
- Por otro lado, respecto a la jurisprudencia vinculante establecida en la Casación N. 134-2012-Ancash, la Sala estableció en su párrafo 5.6., que el análisis fue realizado como si se tratara de una investigación preparatoria formalizada.
- Asimismo, se estableció en su párrafo 5.7. que el criterio de análisis de duración de las Diligencias Preliminares se fundamenta en el plazo razonable; mientras, el control de plazo de la Investigación Preparatoria se realiza evaluando el plazo legal.
- En ese sentido, concluye en su párrafo 5.8. que la Casación N. 134-2012-Ancash no puede ser aplicada para las Diligencias Preliminares, sino tan solo en casos de Investigación Preparatoria.
- Por otro lado, en su párrafo 5.10. establece que el hecho de que el Ministerio Público haya ampliado las Diligencias Preliminares cuando los plazos primigenios ya se encontraban vencidos constituye un descuido de sus funciones en donde cobra vigencia el artículo 144.2 del Código Procesal Penal.

Es evidente que la 1ª Sala Penal Nacional no sustenta su pronunciamiento en la Casación N. 134-2012-Ancash. Por el contrario, se desvincula aduciendo que no se trata del mismo supuesto de hecho, pues aquella solo es aplicable en casos de Investigación Preparatoria formalizada; mientras, el caso en concreto materia de pronunciamiento estaba en Diligencias Preliminares. Por ello, resuelve el caso sobre la teoría del plazo razonable, y no estudia en profundidad la institución de la caducidad. Sin embargo, debe considerarse que la Casación N. 134-2012-Ancash es emitida sobre un caso en etapa de diligencias preliminares, cuestión sobre la que la 1ª Sala Penal Nacional no se pronuncia.

En todo caso, se infiere que la doctrina de la Casación N. 134-2012-Ancash es válida solo para la Investigación Preparatoria formalizada, argumento efectuado sobre un análisis formal de la referida casación, más no material, pues justamente aquella casación resolvió un caso en diligencias preliminares.

4.5. Análisis de los fundamentos emitidos en vía de casación

Este caso llegó a la Corte Suprema de Justicia de la República vía recurso de casación, y uno de los temas controvertidos resueltos fue justamente el tópico de la presente investigación, esto es, si es viable que luego de vencido el plazo primigenio establecido para las diligencias preliminares, el fiscal puede ampliar dicho plazo. Este recurso fue resuelto en la Casación N. 599-2018-Lima (Poder Judicial del Perú, 2018).

Frente a dicha cuestión, la Corte Suprema de Justicia de la República estableció que sí se puede ampliar el plazo de las Diligencias Preliminares luego de vencido el plazo primigenio, aunque frente a ello el fiscal incurre en responsabilidad disciplinaria de acuerdo con lo establecido en el artículo 114.2 del Código Procesal Penal y que los actos defectuosos realizados posterior a ello conservan su validez en mérito al principio de validez, tal como se fundamenta en su párrafo 2.2.4 (Poder Judicial del Perú, 2018).

En relación a la Casación N. 134-2012-Ancash, da cuenta que su doctrina jurisprudencial se encuentra desfasada por haberse dado cuando no se encontraba vigente la Ley de Crimen Organizado - Ley N. 30077, tal como lo sostiene en su párrafo 3.8 (Poder Judicial del Perú, 2018). Sin embargo, sostenemos de forma crítica dicha premisa porque no resulta adecuada para establecer la aplicación o inaplicación de la caducidad sobre el caso planteado en casación, toda vez que ese problema se podría dar en casos complejos o incluso simples, en los que no tiene mayor incidencia la Ley N. 30077.

Otro factor valorado es que la Casación N. 134-2012-Ancash tiene como *ratio decidendi* a la Casación 054-2019-Lima, en donde se establece que las actividades relacionadas al ejercicio de la acción penal no pueden ser sometidas a la sanción de la caducidad, conforme se establece en su párrafo 3.10, añadiendo a esa premisa que frente a dicha situación acarrea la sanción disciplinaria (Poder Judicial del Perú, 2013). No obstante, ello resulta criticable al no ser enfático en la contradicción incurrida en la Casación N. 134-2012-Ancash, toda vez que parte de una premisa que no niega la caducidad, pero concluye resolviendo sobre su procedencia.

5. Análisis del caso

Tal como lo expresamos al principio, analizar lo resuelto por la Sala Penal Nacional es analizar la Casación N. 134-2012-Áncash, lo cual implica valorar también lo establecido en la Casación N. 054-2009.

Frente a lo establecido por la Casación N. 134-2012-Ancash, cabe hacerse una interrogante: ¿De considerarse que opera la caducidad sobre la atribución del Ministerio Público de prorrogar el plazo de una investigación cuando el plazo primigenio ya se encuentra vencido, sus efectos no podrían recaer también frente a otras disposiciones fiscales distintas a la prórroga?

Dicha interrogante resulta pertinente si se tiene en cuenta que, ante el vencimiento del plazo de investigación en las Diligencias Preliminares, el Ministerio Público no solo tiene la atribución de prorrogarla, sino también de emitir una disposición de archivo definitivo de los actuados o una de formalización y continuación de la investigación preparatoria, entre otros actos procesales más.

En efecto, según Oré (2016), luego de recibida la denuncia de parte o concluida la investigación realizada por la Policía o por el Ministerio Público de manera directa, y luego del examen de conjunto de todos los elementos de convicción recogidos, debe decidirse sobre el destino de la investigación a través de los siguientes pronunciamientos: a) Disponer el archivo definitivo de los actuados, tal como lo regula el artículo 334.1 del Código Procesal Penal –Decreto Legislativo N. 957; b) Reservar la promoción de la acción penal o archivar provisionalmente la investigación, bajo los supuestos del Código Procesal Penal-Decreto Legislativo N. 957; c) Disponer la ampliación de la investigación preliminar en sede policial o disponer la realización de una investigación complementaria y personal; d) Disponer que se inste la aplicación del principio de oportunidad; y, e) Ejercer la acción penal a través de la disposición de formalización y continuación de investigación preparatoria, formular acusación fiscal o solicitar la aplicación del proceso inmediato.

En ese sentido, siendo coherentes con lo señalado por la Casación N. 134-2012-Ancash, no cabe fundamento alguno para excluir los efectos de la caducidad sobre dichos pronunciamientos fiscales, esto en el entendido de que el vencimiento de un plazo máximo implica la caducidad de todo lo que se pudo o debió hacer.

Resulta evidente, entonces, que aplicar la caducidad sobre los plazos de investigación de las Diligencias Preliminares, e incluso sobre la misma Investigación Preparatoria propiamente dicha, llevaría a supuestos en donde todo pronunciamiento fiscal no tendría

validez por la pérdida del derecho y/o atribución fiscal de prorrogar, formalizar o incluso archivar una investigación, entre otros de los pronunciamientos ya señalados. En otras palabras, se generarían supuestos en donde investigaciones fiscales quedarían en un limbo jurídico, sin un pronunciamiento de fondo y de impulso procesal, privándolo incluso de una disposición fiscal a favor del propio imputado, quien se vería perjudicado por no poder obtener un pronunciamiento que resuelva su situación jurídica con el archivo de la investigación, por ejemplo, pues hasta esa facultad sería objeto de caducidad. Con todo ello, existen fundamentos en contra de la aplicación de la caducidad sobre las actuaciones fiscales emitidas fuera del plazo de una investigación.

Frente a esto, con base en que la caducidad es un efecto de los plazos perentorios, debe considerarse lo señalado por Clariá (2008), quien refiere que este tipo de plazos y sanciones

... Sólo pueden aplicarse, como regla, a la actividad de las partes, conforme ocurre respecto de las impugnaciones o de la constitución en parte civil, y por excepción a la actividad discrecional del tribunal, como la exclusión de oficio de las partes civiles. (p. 191)

Asimismo, debe tenerse en cuenta que el abuso de la regulación de plazos perentorios puede generar procedimientos viciados en cuanto a su contenido carente de alegaciones u actos procesales fenecidos por la perentoriedad de sus plazos, tal como lo plantea Ariano (2011).

Esto es lo que se advierte al aplicar la regla jurisprudencial establecida en la Casación N. 134-2012-Ancash, pues aplica la sanción de la caducidad sobre actos procesales que son necesarios para continuar o incluso culminar con las Diligencias Preliminares. En ese sentido, los efectos de la caducidad del artículo 144.1 del Código Procesal Penal solo pueden ser aplicados sobre determinados actos procesales disponibles, tal como lo plantea Clariá (2008). Solo cuando sean disponibles, podrá estar legitimado que el vencimiento de un plazo implique la caducidad de lo que pudo o debió hacer algún sujeto procesal.

Por otro lado, y desde un enfoque argumentativo, la Casación N. 134-2012-Ancash ya fue objeto de crítica por la doctrina en cuanto a la estructura lógica de sus argumentos, pues señalan que en dicha casación se incurre en una “*fallacia dictionis* por paralogismo contra el método, específicamente por la contradicción de premisas, que se produce cuando en una argumentación se acepta como válidas dos premisas que son entre sí contradictorias” (Montero y Franco, 2014).

Consideramos que dicha conclusión es acertada, debiendo tener en cuenta que la doctrina jurisprudencial establecida por la Casación N. 134-2012-Ancash se basa en el primer y segundo considerando.

En el primero se hace alusión a la casación N. 54-2009, en donde también se estableció como doctrina jurisprudencial que las actividades relacionadas con el ejercicio de la acción penal, en caso de fiscales, *no pueden ser sancionadas* con la caducidad del plazo establecido por ley, esto en la medida en que implicaría la afectación de normas constitucionales. En ese sentido, el artículo 144 del Código Procesal Penal no establece que la actividad fiscal pueda ser objeto de caducidad, como por ejemplo en el ejercicio de la acusación.

Por otro lado, siguiendo en el análisis de la Casación N. 134-2012-Ancash, en su segundo considerando se hace mención que, en base al inciso 1 del artículo 144 del Código Procesal Penal, solo puede prorrogarse un plazo cuando la ley lo señale y se concluye que frente al vencimiento del término para llevar una determinada actuación procesal a cargo del Ministerio Público, no corresponde el amparo de solicitudes de prórroga del mismo, salvo que frente a la conclusión del plazo se pretenda calificar el caso como complejo.

Al respecto, no cabe duda que al mencionarse el inciso 1 del artículo 144 del Código Procesal Penal, se plantea que opera la caducidad en el supuesto de que el Ministerio Público haya prorrogado el plazo de una investigación estando vencido el término para realizar dicha actuación procesal, es decir, el plazo primigenio de la investigación que se pretendía prorrogar. Sin embargo, ello genera una severa contradicción con lo establecido en el primer considerando de la Casación N. 134-2012-Ancash, en donde se señaló que las actividades relacionadas con el ejercicio de la acción penal no están sancionadas con la caducidad del artículo 144 del Código Procesal Penal.

Al respecto, a efectos de salvar dicha contradicción, podría interpretarse de forma extensiva la Casación N. 134-2012-Ancash y argumentar que se debe aplicar el inciso 1 del artículo 144 del Código Procesal Penal ante una prórroga o calificación de Diligencias Preliminares aún después de haberse vencido el plazo primigenio porque dicho acto procesal —de prórroga o calificación— no estaría relacionado con el ejercicio de la acción penal, siendo el motivo por el que estaría fuera del supuesto de la Casación N. 54-2009.

Al margen de que dicho argumento no fue desarrollado expresamente en la Casación N.134-2012-Áncash, debe tenerse en cuenta que la misma casación señala que el ejercicio de “la acción penal tiene su principal plasmación en la actividad probatoria”, de lo cual se puede deducir válidamente que también tiene su expresión en la actividad investigadora.

Asimismo, Oré (2016), citando a Calamandrei, señala que el ejercicio de la acción penal no se limita en pedir una pretensión al juez, sino que se manifiesta desde el inicio de la investigación y durante todas las etapas del proceso, en ese sentido, clasifica su manifestación en tres momentos: a) momento persecutorio, en la fase de investigación; b) momento acusatorio; y, c) momento punitivo, en donde se verifica el cumplimiento de la condena.

Con todo ello, se concluye que las disposiciones de prórroga del plazo de las Diligencias Preliminares son expresión del ejercicio de la acción penal por constituir una actividad indagatoria en la fase persecutoria. Por lo tanto, no pueden ser objeto de la caducidad del 144.1 del NCCP, quedando así descartada la hipótesis de que la disposición de prórroga del plazo de una investigación no constituya una actividad fiscal relacionada al ejercicio de la acción penal.

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que en la Casación N. 54-2009, al momento de fundamentar la inaplicación de la caducidad sobre algunas actuaciones fiscales lo hace sobre los casos excepcionales en donde se encuentra justificada la desigualdad de armas cuando tengan sustento constitucional, poniendo como supuesto las atribuciones constitucionales de la fiscalía como, por ejemplo, el ejercicio de la acción penal. Bajo esa línea, queda claro que la Casación N. 54-2009 expresa tácitamente que hay otros supuestos a parte del ejercicio de la acción penal que pueden justificar una desigualdad procesal legítima, siempre que tenga fundamento constitucional, y que a su vez los excluya de la caducidad.

Así, debe considerarse que según el artículo 159 apartado 4 de la Constitución, el fiscal conduce la investigación desde su inicio, siendo ese el motivo por el cual, en su Ley Orgánica, en su artículo 1, se regula que es el persecutor del delito. En consecuencia, se tiene que la investigación y persecución del delito es una facultad y atribución del Ministerio Público con fundamento constitucional. Por ende, al disponerse actos de investigación o pronunciamientos que dispongan la ampliación del plazo de las Diligencias Preliminares que busquen la realización de actos de investigación, constituyen también actividades fiscales o atribuciones constitucionales que no pueden ser objeto de la caducidad, esto bajo los términos de la propia Casación N. 54-2009.

Con todo lo desarrollado, y a modo de conclusión, puede decirse concretamente que existen dos grandes motivos para colegir que el artículo 144.1 del Código Procesal Penal no puede operar sobre Disposiciones fiscales de ampliación y/o prórroga del plazo de las Diligencias Preliminares, así estas hayan sido emitidas fuera del plazo preestablecido primigeniamente.

La primera razón es porque la caducidad no puede operar sobre actos procesales esenciales y necesarios para continuar o concluir con las Diligencias Preliminares, pues de aceptarse que un fiscal no puede disponer la ampliación y/o prórroga del plazo de una investigación por caducidad, también se hace extensivo para otros tipos de pronunciamientos, como el del archivo de la investigación.

La segunda razón es porque la caducidad no puede operar sobre atribuciones constitucionales del Ministerio Público y la facultad de disponer la ampliación y/o prórroga del plazo de una investigación es una manifestación del ejercicio de la acción penal, la cual tiene rango constitucional.

Referencias

- Ariano, E. (2011). *Hacia un proceso civil flexible. Crítica a las preclusiones rígidas del Código Procesal Civil peruano de 1993* [Tesis de maestría, Pontificia Universidad Católica del Perú]. http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/123456789/4673/ARIANO_DEHO_EUGENIA_PROCESO_FLEXIBLE.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Ariano, E. (2015). Reflexiones sobre la prescripción y la caducidad a los treinta años de vigencia del Código Civil. En J. Espinoza. (Coord.), *Análisis sistemático del Código Civil*. Instituto Pacífico.
- Casación N. 599-2018-Lima. (2018). Poder Judicial. Corte Suprema de Justicia de la Republica. Sala Penal Permanente. <https://jurisprudencia.pj.gob.pe/jurisprudenciaweb/faces/page/resultado.xhtml#no-back-button>
- Casación N. 528-2018-Nacional. (2018). Poder Judicial. Corte Suprema de Justicia de la Republica. Sala Penal Permanente. <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/294e21804752e5aaad7caf1612471008/SPP-C-528-2018-NACIONAL-KEIKO-Y-MARKVITO.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=294e21804752e5aaad7caf1612471008>
- Casación N. 134-2012-Ancash. (2013). Poder Judicial. Corte Suprema de Justicia de la Republica. Sala Penal Permanente. <https://jurisprudencia.pj.gob.pe/jurisprudenciaweb/faces/page/resultado.xhtml#no-back-button>
- Casación N. 54-2009. Talavera, P. (2016). *Jurisprudencia vinculante penal, procesal penal y de ejecución penal*. Instituto Pacífico.

- Clariá, J. A. (2008). *Derecho procesal penal* (T. II). Rubinzal – Culzoni.
- Cupe Gonzales, J. A. (2018). *Los efectos de la caducidad sobre disposiciones fiscales de ampliación del plazo en las diligencias preliminares en el Código Procesal Penal del 2004 – Lima 2018* [Tesis para optar el título de Abogado, Universidad Norbert Wiener]. <http://repositorio.uwiener.edu.pe/bitstream/handle/20.500.13053/2792/TESIS%20Cupe%20Julio.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Montero, E. L. y Franco, F. I. (2014). ¿El plazo de la investigación preparatoria es perentorio? INCIPP. https://nanopdf.com/download/el-plazo-de-la-investigacion-preparatoria-es_pdf
- Oré, A. (2016). *Derecho procesal peruano* (T. I y III). Gaceta Jurídica.
- Osterling F. y Castillo, M. (2004). Todo Prescribe o Caduca, a Menos que la Ley Señale lo Contrario. *Derecho y Sociedad*. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/16895>
- Resolución N. 6, Expediente N. 244-2017-2. (2018). Poder Judicial Sala Penal Nacional. 1.^a Sala Penal Nacional. <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2018/02/LEGIS.PE-Keiko-Fujimori-lea-la-resoluci%C3%B3n-que-rechaz%C3%B3-la-solicitud-de-concluir-su-investigaci%C3%B3n-por-lavado-de-activos.pdf>
- Resolución N. 2, Expediente N. 244-2017-2. (2017). Poder Judicial Sala Penal Nacional. Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional. <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/00b71d00436e62e69537df41c29755ea/Control+de+Plazo+Diligencias+Preliminares+244-2017-992.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=00b71d00436e62e69537df41c29755ea>



MEDIDAS ADICIONALES PARA REPARAR EL DAÑO: OTROS ASPECTOS PARA FIJAR LA REPARACIÓN EN LOS DELITOS DE TRÁFICO ILEGAL DE ESPECIES DE FAUNA SILVESTRE

*Jhon Beiker Frías Albán**

Ministerio Público

jfriasalban@gmail.com

Resumen: El presente artículo analiza los diferentes aspectos que deben ser tomados en cuenta por los operadores jurídicos para la determinación de la reparación civil, ya sea al momento de solicitarla o imponerla, atendiendo a la naturaleza del bien jurídico vulnerado en el delito de tráfico ilegal de especies de fauna silvestre.

Para ello, se examinaron postulados de la responsabilidad civil para luego arribar al análisis del perjuicio ocasionado. Por último, se concluye con los criterios que permitirían fijar medidas adicionales para reparar el daño causado por la comisión del delito de tráfico ilegal de fauna silvestre.

Palabras clave: Reparación civil, medio ambiente, fauna silvestre, tráfico ilegal, fauna silvestre, tutela ambiental.

ADDITIONAL MEASURES TO REPAIR THE DAMAGE: OTHER ASPECTS TO ESTABLISH THE REPAIR IN CRIMES OF ILLEGAL TRAFFICKING OF WILDLIFE SPECIES

Abstract: This article presents and analyzes the different aspects that should be considered for the imposition of civil compensation as a criminal legal sanction for the crime of illegal trafficking of wildlife species, aspects that should be analyzed by both the Prosecutor at the time of requesting civil compensation. or the Judge when it is determined and imposed on the active subject of the crime.

To do this, postulates of civil liability were examined to then arrive at the analysis of the damage caused; Finally, it concludes with the criteria that would allow establishing

* Abogado por la Universidad Nacional de Piura, discente de la Maestría con mención en Derecho Penal y Procesal Penal de la Universidad Nacional de Piura. Fiscal Adjunto Provincial Provisional de la Fiscalía Provincial Especializada en Materia Ambiental de Sullana.

additional measures to repair the damage caused by the commission of the crime of illegal wildlife trafficking.

Keywords: Civil Reparation, Environment, Wildlife, Illegal Traffic, Wildlife, Environmental Protection.

1. Problema

El tráfico de vida silvestre es la cuarta actividad ilícita más lucrativa del mundo y mueve entre 7,000 y 23,000 000 000 de dólares por año, según la Oficina de Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito (UNODC). Solo en el Perú, entre los años 2000 y 2018, se han decomisado un total de 79,025 animales vivos, pertenecientes a 342 especies diferentes. Se estima que alrededor del 20% de animales decomisados en el Perú tenían destinos internacionales. Las regiones de Ucayali, Madre De Dios y, en mayor medida, Loreto, concentran el mayor tráfico de vida silvestre en el país. Entre el 2013 y el 2019, la Gerencia Regional de Desarrollo Forestal y de Fauna Silvestre de Loreto (GERFOR-Loreto) decomisó un total de 970 animales vivos, correspondientes a 97 especies diferentes (Proyecto Prevenir,, 2021).

En los procesos penales por los delitos de tráfico ilegal de especies de fauna silvestre, cuando se llega a una sanción por parte del juez, se impone una pena privativa de libertad y días multa. Además de ello, se fija reparación civil para restaurar el daño causado por el hecho delictivo. Este último aspecto genera controversias, en tanto los parámetros establecidos para determinar el *quantum* resultan insuficientes.

Así las cosas, ¿cómo reparar el daño ocasionado por el tráfico de una especie de vida silvestre? En la mayoría de casos, un primer parámetro a tener en cuenta, es la restitución de la especie afectada a la entidad fiscalizadora, el Servicio Nacional de Flora y Fauna Silvestre (SERFOR), para su cuidado, evaluación veterinaria en un centro de rescate y, por último, su reintroducción a su hábitat natural o su entrega en custodia a centros de conservación o zoológicos.

Pero, ¿ello resulta suficiente para reparar el daño? La respuesta sería no, en tanto el daño ocasionado por la acción ilícita no encuentra su reparación con la sola restitución del bien, pues —como bien se mencionó— esta especie de vida silvestre, necesitará de cuidados de profesionales especializados, lo cual acarrea un gasto para el Estado. Además, se debe evaluar si corresponde la reintroducción de la especie a su hábitat o la custodia en un zoológico.

En el primer caso, esto es, la reintroducción de la especie de vida silvestre a su hábitat natural, se debe considerar también el daño ocasionado al extraer a la especie de su hábitat, pues habrá una afectación de las funciones que esta especie realiza dentro de su hábitat, y que al sacarlo se han visto perjudicadas. La vida silvestre desempeña una función muy importante al regular los procesos naturales en todos los niveles de la cadena alimentaria, incluidos la dispersión de semillas, el ciclo de nutrientes e incluso la estructura del paisaje (Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y Agricultura, 2022).

Por su parte, en el segundo caso, la custodia en un centro de conservación o zoológico, originará un gasto en el sector público o de ser el caso, en el sector privado, esto último teniendo en cuenta la poca implementación de zoológicos financiados por el Estado. Como resultado, conllevará muchas veces a la custodia de las especies de fauna silvestre en centros de conservación o zoológicos privados, lo cual dependerá de la capacidad disponible, y de las condiciones del hábitat propios de la especie, entre otros, que en la mayoría de veces genera dificultades para los especialistas de fauna de SERFOR, para la custodia de las especies rescatadas.

En estos casos, se trata de especies que han sido rescatadas con vida. No obstante, ¿qué pasaría cuando la especie se encontró sin vida? En estas situaciones, el juzgador fija la reparación civil, basándose en el precio del valor de la especie en el mercado ilegal, lo cual también resulta insuficiente para reparar el daño ambiental causado, pues no se toma en cuenta las funciones que por su naturaleza cumple la especie dentro de su hábitat, además de los costos para su cuidado, revisión veterinaria y su acogimiento en un centro de conservación. Más aún, si la especie se encuentra en un estado crítico de conservación, lo cual implicará gastos para su tratamiento hasta lograr su recuperación.

Estas situaciones, pueden ser considerados factores importantes para determinar la reparación civil, ya que, como hemos visto muchas veces, resultan insuficientes para reparar el daño causado por el tráfico ilegal de fauna silvestre; más aún, cuando la doctrina resalta, la poca utilidad de las categorías usadas para determinar la reparación civil, en casos de restablecimiento del medio ambiente o reparación in natura. Para Velásquez (2000), la responsabilidad civil no es un instrumento jurídico creado para la defensa del medio ambiente. Lo que se protege es la salud de las personas y la propiedad, y de esta protección se deriva la protección al medio ambiente.

Con la emisión de la Resolución Ministerial N. 213-2021-MINAM, del 15 de noviembre del 2021, que dispone la publicación del proyecto de “Guía de valoración económica de daños por delitos ambientales”, se constituyó un gran avance para dar

solución al problema propuesto. Sin embargo, no aborda otras medidas adicionales para reparar el daño ocasionado por la comisión de tráfico ilegal de vida silvestre.

Las medidas propuestas consideran tres ámbitos importantes donde se ejecutarán las acciones positivas o negativas en pro de la reparar el daño ocasionado: habitat de la especie, reproducción de la especie y acciones de sensibilización, cumpliendo una doble función, pues permiten restaurar el daño ambiental, así como también, prevenir la comisión del delito de tráfico de vida animal silvestre, conforme lo exige el artículo 142 de la Ley General del Ambiente.

2. Antecedentes

Un trabajo donde se evidencia una escasa regulación en el sistema jurídico peruano para adoptar medidas de reparación del daño ambiental, lo desarrolla Espinoza (2008), quien analiza el caso de la minera Yanacocha por los derrames de mercurio ocasionados en junio del 2000 y, a partir de ello, evidencia la falta de protección efectiva del medio ambiente, el insuficiente resarcimiento ofrecido a los directamente dañados y los vacíos normativos en la legislación nacional.

Por su parte, la jurista Marroquín Córdova (2011) propone la intervención de las entidades municipales provinciales o distritales como titulares de los montos derivados de indemnizaciones por delitos ambientales, y de ese modo utilizarlos en la ejecución de acciones que permitan restaurar el daño ambiental o conservar el medio ambiente, dentro de su jurisdicción.

Asimismo, el proyecto Prevenir de la Agencia de EE. UU. para el Desarrollo Internacional (USAID por su sigla en inglés), a través de Apoyo Consultoría (2021) manifestó como objetivo central de su estudio el caracterizar y realizar una valoración económica de la cadena de valor de los delitos ambientales de minería ilegal, tala ilegal y tráfico de fauna silvestre en Loreto, Ucayali y Madre de Dios.

En el derecho comparado, encontramos el trabajo del jurista español Beja, analizado por Gómez (2019), donde señala que en el ordenamiento jurídico español existen varias vías para reparar el daño ambiental, para lo cual se toma en cuenta, tipo de daño, bien del daño y el sujeto generador del daño. En dicho trabajo se explica cómo se complementan estas posturas, priorizando el objetivo principal que vendría a ser la prevención, pues los bienes medio ambientales difícilmente se pueden recuperar.

3. Marco teórico

3.1. Alcances generales del tráfico ilegal de fauna silvestre

El tráfico ilegal de fauna silvestre es una de las actividades delictivas con mayor rentabilidad, tal es así que, luego del tráfico de drogas, armas y personas, ocupa el cuarto lugar en el mundo. El Perú no es ajeno a hechos de tráfico de vida silvestre, más aún cuando posee una alta diversidad de fauna y flora dentro de su territorio.

Por ello, en nuestro Código Penal se sanciona estas acciones de tráfico ilegal de vida silvestre. De acuerdo con su artículo 308:

El que adquiere, vende, transporta, almacena, importa, exporta o reexporta productos o especímenes de especies de flora silvestre no maderable y/o fauna silvestre, sin un permiso o certificado válido, cuyo origen no autorizado conoce o puede presumir, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres años ni mayor de cinco años y con ciento ochenta a cuatrocientos días – multa. (1991)

El análisis se efectuará en el extremo de tráfico de vida animal silvestre. En ese sentido, en primer lugar, se debe precisar que el sujeto activo puede ser cualquier persona, no es un tipo penal que exige una condición especial del agente, siendo un delito común. Luego de ello, debemos analizar los siete (07) verbos rectores exigidos para la configuración de tipo, para ello, se debe considerar que estos hacen referencia a un traspaso de la especie de fauna silvestre por parte del sujeto activo, comportándose como propietario del espécimen, lo cual resulta incorrecto, pues como bien conocemos, las especies de fauna silvestre son considerados recursos naturales y, por ende, patrimonio de la nación.

Este delito, como la mayoría de los delitos tipificados en el Título XIII del Código Penal, resulta ser una norma penal en blanco. Es decir, para su interpretación debemos remitirnos a una norma extrapenal. En este caso, para conocer qué especies son consideradas fauna silvestre, se debe recurrir a la Ley N. 29763 – Ley Forestal y de Fauna Silvestre. En su artículo 6, indica:

Artículo 6.- Recursos naturales de fauna silvestre: Son recursos de fauna silvestre las especies animales no domesticadas, nativas o exóticas, incluyendo su diversidad genética, que viven libremente en el territorio nacional, así como

los ejemplares de especies domesticadas que, por abandono u otras causas, se asimilen en sus hábitos a la vida silvestre excepto las especies diferentes a los anfibios que nacen en las aguas marinas y continentales, que se rigen por sus propias leyes. (2011)

Este artículo comprende a los animales que son considerados fauna silvestre, incluyendo a las especies no domesticadas, nativas o exóticas, que habitan de forma libre, además, de la diversidad genética de estas especies, y otras que, sus estilos de vida se asemejen a la vida silvestre, exceptuando a los anfibios.

Así también, el tipo penal exige que estas conductas que agraven la vida silvestre sean realizadas sin contar con permiso o certificado válido. Para ello, debemos identificar a la entidad competente encargada de expedir el permiso y/o autorización para el tráfico de especies de fauna silvestre, siendo el Servicio Nacional de Flora y Fauna Silvestre (SERFOR), o los Gobiernos Regionales, cuando las competencias en materia de promoción y fiscalización de actividades forestales y de fauna silvestre hayan sido transferidas al gobierno regional.

En cuanto a la tipicidad subjetiva, para la configuración del delito analizado, se señala los términos “conoce” o “pueda presumir”, este último supuesto significa que el agente debe suponer o sospechar de la procedencia no legítima de la especie animal. Dicho de otro modo, no acepta una modalidad culposa de la conducta, solo se puede imputar a título de dolo.

3.2. Tutela del medio ambiente en las políticas nacionales e internacionales

Una norma de primer orden en el tema ambiental en el Perú es la Ley N. 28611, Ley General del Ambiente, la cual proporciona principios fundamentales a fin de asegurar el ejercicio efectivo del derecho a un ambiente saludable y garantice el desarrollo de la vida. Además, dicha norma establece deberes que debe cumplir cada ciudadano para contribuir a una efectiva protección del medio ambiente.

El derecho a la tutela ambiental o a la defensa del medio ambiente otorga a las personas, ya sea de manera individual o colectiva, la facultad de recurrir a los instrumentos políticos y jurídicos necesarios para defender el medio ambiente. Consiste en obtener por parte de las autoridades judiciales y administrativas una solución rápida, sencilla y efectiva respecto de los conflictos originados por la afectación al ambiente y a sus componentes.

En ese sentido, las manifestaciones más importantes de este derecho son el acceso a la información, la participación y el acceso a procedimientos eficaces (Marroquín, 2021).

En el ámbito internacional, debemos hablar de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, celebrado en el año 1992. Uno de sus instrumentos para una eficaz lucha en pro al medio ambiente se desarrolla en el Principio X:

El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población, poniendo la información a disposición de todos. Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre estos, el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes. (Organización De Las Naciones Unidas, 1992)

Este instrumento político legal, sirve de parámetro para la gestión nacional para la defensa y sostenimiento adecuado del medio ambiente, desarrollando el acceso a la información sobre temas ambientales que se encuentran en los archivos de las autoridades ambientales nacionales. Por ejemplo, si se pretende desarrollar un proyecto de extracción de minerales, la empresa presenta a la Dirección Regional de Energía y Minas, un instrumento de gestión ambiental y Fiscalización para la Formalización de Actividades de Pequeña Minería y Minería Artesanal, requisito indispensable que nos permitirá identificar y prevenir los impactos negativos de la actividad a desarrollar, además del compromiso de las buenas prácticas ambientales por parte de la empresa. Entonces, según el principio X de la citada Declaración de Río, este documento deberá ser de acceso público, además, faculta a las comunidades involucradas a participar en la toma de decisiones.

En cuanto a las autoridades públicas para la defensa del medio ambiente, en específico, protección a la vida animal silvestre, debemos considerar dos ámbitos: a) en sede administrativa, donde tenemos al Servicio Nacional Forestal de Flora y Fauna Silvestre, y en su defecto, al gobierno regional, cuando las competencias en materia de promoción y fiscalización de actividades forestales y de fauna silvestre le hayan sido transferidas; quienes deberán autorizar el tráfico de fauna silvestre, aplicando los diversos instrumentos que la legislación nacional le confiere, estas entidades también

tienen facultad de sancionar ante infracciones a la normativa administrativa, a través de la imposición de multas, entre otras instituciones; y b) en sede penal, el Ministerio Público, a través de las Fiscalías Especializadas en Materia Ambiental o, en su caso, de las Fiscalías de Prevención del Delito, creadas para prevenir e investigar los delitos en materia ambiental, tipificados en el título XII del Código Penal; y, también, al Poder Judicial, para la aplicación de las sanciones establecidas para cada delito. Recalcando que es importante que todas estas instituciones realicen un trabajo articulado en pro al manejo adecuado y protección del medio ambiente.

3.3. Proceso penal en los delitos de tráfico ilegal de especies de fauna silvestre

El delito de tráfico ilegal de vida animal silvestre es un delito de persecución pública, es decir, el Ministerio Público es la institución autorizada para la investigación de este delito. Para ello, la norma adjetiva penal regula el proceso para garantizar una correcta investigación y sanción ante la comisión de ilícitos penales.

En la práctica fiscal, y teniendo en cuenta la ubicación geográfica donde desarrollamos nuestras labores, en este caso el distrito de Sullana - Piura, consideramos que la mayor modalidad delictiva con más incidencia radica en la venta de aves y monos, con la finalidad de posteriormente ser exhibidos en restaurantes o centros de recreación. Este último supuesto configura ya otro ilícito penal, Depredación de Fauna Silvestre; aunque esta modalidad, en la mayoría de casos, implica la intervención del agente en flagrancia delictiva.

Por lo que, los investigados solicitan la aplicación del proceso especial, terminación anticipada, establecido en el artículo 468 del Código Procesal Penal, ello debido también, debido a la reducción adicional acumulable de la pena de una sexta parte que ofrece este proceso simplificado. No obstante, existen casos donde los investigados alegan desconocer que la venta de determinadas especies de fauna silvestre se le considera un delito o alegan, también, no dedicarse a dichas actividades. En estos casos, se seguirá el proceso común para buscar la sanción para tales hechos.

Ahora bien, una vez se llegue, ya sea a la aprobación judicial del acuerdo de terminación anticipada o a la determinación fundada de la pretensión punitiva del Estado en juicio oral; en ambos casos, se deberá aplicar la pena señalada para el delito. En este caso, el artículo 308 sanciona la conducta con una pena no menor de tres años ni mayor de cinco años y con ciento ochenta a cuatrocientos días multa. Pero, además nuestra norma penal exige la reparación del daño ocasionado, que comprende la restitución del

bien, o en su defecto, el pago de su valor; y la indemnización de los daños y perjuicios, de este último supuesto resulta complejo determinar su *quantum*, debiendo adoptarse otras medidas para reparar los daños ocasionados, tal como veremos más adelante.

3.4. La pretensión civil por daño ambiental

Primero, debemos conceptualizar el daño ambiental. Para ello, nos remitimos a la Ley General del Ambiente, en el numeral 2 del artículo 142, establece que el daño ambiental es todo menoscabo material que sufre el ambiente y/o alguno de sus componentes, que puede ser causado, contraviniendo o no disposición jurídica, y que genera efectos negativos actuales o potenciales (Ley N. 28611, Ley General del Ambiente, 2005).

Cuando se cause daño al medio ambiente, el agente tiene la obligación de repararlo, debiendo realizar acciones en aras de reestablecer el medio ambiente o reducir los impactos negativos producidos por su accionar. Nuestra legislación nacional se refiere a esta obligación, en el inciso 1 del artículo 142 de la Ley General del Ambiente:

Artículo 142°. - De la responsabilidad por daños ambientales: Aquel que mediante el uso o aprovechamiento de un bien o en el ejercicio de una actividad pueda producir un daño al ambiente, a la calidad de vida de las personas, a la salud humana o al patrimonio está obligado a asumir los costos que se deriven de las medidas de prevención y mitigación del daño, así como los relativos a la vigilancia y monitoreo de la actividad y de las medidas de prevención y mitigación adoptadas. (2005)

Con esta norma se pretende encontrar una luz para determinar el *quantum* de la reparación civil por daño ambiental, pues se señala que el obligado asumirá los costos generados por las medidas de prevención y mitigación del daño, además de los gastos de vigilancia de la actividad dañosa y de las medidas adoptadas para mitigar el daño.

El artículo 147 de la ley General del Ambiente precisa lo siguiente:

Artículo 147°.- De la reparación del daño: La reparación del daño ambiental consiste en el restablecimiento de la situación anterior al hecho lesivo al ambiente o sus componentes, y de la indemnización económica del mismo. De no ser técnica ni materialmente posible el restablecimiento, el juez deberá prever la realización de otras tareas de recomposición o mejoramiento del ambiente o de los elementos afectados. La indemnización tendrá por destino la realización de

acciones que compensen los intereses afectados o que contribuyan a cumplir los objetivos constitucionales respecto del ambiente y los recursos naturales. (2005)

A partir de este precepto legal, podemos asumir que la primera medida a adoptar para reparar el daño ambiental consiste en la *Restitutio in pristinum*, es decir, restablecer la situación anterior al hecho generador del daño y, de darse el caso en que no sea posible el restablecimiento, se deberán imponer la ejecución de otras acciones de recomposición del ambiente.

El sistema de reparación ideal del medio ambiente es aquel que restituye las cosas, objetos o bienes al estado anterior a aquel en que aconteció el daño. En doctrina se la ha denominado a este tipo de reparación *Reparación in natura* o *Reparación quo ante*, siendo el término más apropiado para denominar a este tipo de reparación *Restitutio in pristinum*, pues este último vocablo, no solo abarca la restitución de las cosas a su estado anterior, sino que engloba la prevención de futuros daños, gracias a la adopción de medidas correctoras (Peña, 2008).

En materia ambiental, la *reparación in natura* tiene por finalidad restablecer tan exacto como sea posible el equilibrio o la situación ambiental destruida. Para lograr esta tarea se puede establecer un conjunto de pretensiones de acuerdo con el caso concreto (Marroquín, 2021).

Entonces, ¿qué pasaría cuando el daño es irreversible? En estos casos, encontramos la llamada restauración equivalente, que implica la realización de tareas que recompongan el medio ambiente en lugar distinto al que ocurrió el daño, en otros ecosistemas similares al afectado, que necesiten ser mejorados o tratados para su conservación.

La reparación del daño ambiental es uno de los temas más modernos y complejos que enfrenta el instituto de la reparación civil, a tal punto que la doctrina ha señalado que las categorías utilizadas para determinar la responsabilidad civil no son instrumentos muy útiles a la hora de fundamentar un daño ambiental, sobre todo para los casos del restablecimiento del medio ambiente dañado o *reparación in natura* (Marroquín, 2021).

Para Velázquez (2000), la responsabilidad civil no es un instrumento jurídico creado para la defensa del medio ambiente; lo que se protege es la salud de las personas y la propiedad, y de esta protección se deriva la protección al ambiente.

4. Metodología

El enfoque de investigación utilizado es cualitativo. Se va a identificar y analizar la problemática que se afronta cuando se pretende fundamentar el daño ambiental para determinar la reparación civil y, además, las deficiencias para adoptar otras medidas adicionales para reparar el daño.

Partiremos del análisis de un caso práctico del delito de tráfico ilegal de fauna silvestre, donde se va a evidenciar deficiencias en el sistema jurídico peruano para la regulación de otras medidas adicionales que impliquen la prevención y reparación del daño ambiental ocasionado por el delito mencionado.

Además de ello, se analizará una norma que trata de solucionar el problema propuesto, esta es, la Resolución Ministerial N. 213-2021-MINAM, que dispone la publicación del proyecto de “Guía de valoración económica de daños por delitos ambientales”. Sin embargo, se advierte deficiencias en dicha norma, debido a que no se regulan otras medidas para prevenir y reparar el daño, como las propuestas en este trabajo. Se utilizó la hermenéutica jurídica para la interpretación de textos y normas jurídicas.

El alcance del presente artículo se limita a abordar normas jurídicas, casos particulares y artículos relacionados al tema, los cuales nos permitan verificar la problemática cuando los operadores jurídicos adoptan medidas a fin de reparar el daño ambiental generado por el tráfico ilegal de vida silvestre y, a partir de ello, proponer una serie de medidas adicionales que coadyuven no solo a reparar el daño, sino, además, a prevenir conductas lesivas al bien jurídico tutelado.

5. Análisis

Con el fin de analizar los diferentes parámetros que se deben considerar para la determinación de la reparación civil en los delitos de tráfico ilegal de fauna silvestre, vamos a partir de un hipotético caso.

5.1. Caso concreto

Recurrimos en esta oportunidad al Acta de Intervención N. 02-2020-MINAGRI-SERFOR, emitida por el Servicio Nacional de Flora y Fauna Silvestre – Sede Piura, de fecha 09 de enero de 2020. En este documento se consta que, en el Hotel Punta Rocas, ubicado en el distrito de Máncora, provincia de Talara, poseían un (01) espécimen de fauna silvestre de un mono machín pecho blanco sin contar con la autorización correspondiente.

Esta acta fue firmada por la señora Jimena Ocampo Salazar, persona a quién se le encontró en el momento de la intervención.

El presente hecho se considera una infracción prevista en el literal “a”: “Poseer especímenes, productos y subproductos de fauna silvestre sin contar con la autorización correspondiente a excepción de los aprovechados para la subsistencia” del numeral 191.3 del artículo 191 del Decreto Supremo N. 019-2015-MINAGRI (Decreto Supremo N. 019-2015-MINAGRI, Decreto Supremo que aprueba el Reglamento para la Gestión de Fauna Silvestre, 2015).

Asimismo, mediante el Decreto Supremo N. 004-2014-AG, norma que aprueba la categorización de especies amenazadas de fauna silvestre en el Perú, se advierte que la especie *Cebus sp.* “mono machín blanco”, no es considerada especie en condición de amenaza; y de acuerdo a la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (CITES); se encuentra en el Apéndice II.

De igual modo, el Decreto Supremo N. 019-2015-MINAGRI, Reglamento para la Gestión de Fauna Silvestre N. 29763, señala que las infracciones contempladas en el artículo 191 de la misma norma, son consideradas como *muy graves*, las mismas que según el numeral 3, literal C del artículo 193, son sancionadas con multa mayor a 10 hasta 5000 UIT.

En cuanto a la sanción pecuniaria, se tiene que, luego de realizar el análisis de precios en el mercado, se ha determinado que la especie *Cebus sp.* “mono machín blanco” tiene un valor en el mercado de S/. 97.00 soles, este precio ha sido extraído de la Resolución Presidencial N. 021-2018-OSINFOR.

5.2. Métodos para valorar el daño en los delitos de tráfico de fauna, establecidos en la Resolución Ministerial N. 213-2021-MINAM

El 15 de noviembre del 2021, se publicó en el diario oficial *El Peruano*, la Resolución Ministerial N. 213-2021-MINAM, que dispone la publicación del proyecto de “Guía de valoración económica de daños por delitos ambientales”.

Dicha norma sectorial, ha hecho bien en establecer parámetros importantes para la valoración del daño en delitos por tráfico ilegal de fauna silvestre, entre los cuales tenemos:

- a. El valor del recurso extraído: Es el precio obtenido por el agente al vender ilegalmente una especie de fauna silvestre, recomendándonos revisar la lista de precios manejada por el Organismo de Supervisión de los Recursos Forestales y de Fauna Silvestre OSINFOR, para conocer el precio del espécimen; para determinar el valor se aplicará una fórmula matemática, considerando criterios como el precio del espécimen y la cantidad de fauna traficada y cantidad de las especies afectadas.
- b. Valor de rehabilitación: Consiste en los gastos incurridos en la evaluación veterinaria y tratamiento de la especie rescatada, además de los insumos utilizados para ello, tales como: alimentación, exámenes de laboratorio, medicinas, equipos, transporte, asistencia y estadía en centros de rescate. Debiéndose aplicar también una fórmula matemática, en la cual se necesitará conocer el costo de rehabilitación por cada especie, la cantidad de fauna silvestre afectada y las especies traficadas.
- c. Valor de la pérdida de servicios ecosistémicos de la fauna silvestre: La referida Resolución, considera que el valor de los servicios ecosistémicos que aporta cada especie es equivalente a los costos de rehabilitación incurridos durante todo el tiempo de vida estimado de la misma, y el valor de la pérdida de servicios ecosistémicos se calcula como un porcentaje de los costos de rehabilitación, según la gravedad de la afectación a la fauna silvestre.

Para lo cual se hará un cálculo a través de una fórmula, considerando criterios como el valor de la especie, costo de rehabilitación, por unidad, estimado de vida de la especie e índice de gravedad del daño para la fauna silvestre, en este último caso se toma como referencia a la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres, instrumento internacional cuya finalidad consiste en evitar que el tráfico de vida silvestre no constituya una amenaza de supervivencia, para lo cual, clasifica las especies según su grado de amenaza.

En el Apéndice I se encuentran las especies en peligro de extinción; mientras que, en los Apéndices II y III, se incluyen especies que no necesariamente están en peligro de extinción, pero cuyo comercio debe ser controlado para garantizar su supervivencia (Guía de valoración económica de daños por delitos ambientales, 2021).

Resulta muy importante la publicación de esta norma y su uso por parte de los operadores jurídicos inmersos en los procesos penales por el delito de tráfico ilegal de especies de fauna silvestre, procurando una reparación civil que resulte suficiente para

reparar el daño causado. Sin embargo, se deberían adoptar otras medidas adicionales, tal como pasaremos a exponer.

5.3. Medidas adicionales para reparar el daño en los delitos de tráfico ilegal de especies de fauna silvestre

Para ello, vamos a identificar tres ámbitos importantes donde se ejecutarán las acciones positivas o negativas en pro de la reparar el daño ocasionado.

5.3.1. Hábitat de la especie

Estas acciones recaerán en el hábitat natural donde se desarrolla la especie rescatada, identificándose las siguientes:

- Reforestar el hábitat donde se encontraba el espécimen afectado, en zonas afectadas por factores naturales o antrópicos.
- Acciones para conservar el hábitat.
- Señalización de las áreas donde habita la especie.
- Instalación de carteles donde se indique la prohibición de acciones que perjudiquen el hábitat natural de la especie afectada.

5.3.2. Reproducción de la especie

Estas medidas se impondrán con la finalidad de preservar a la especie afectada.

- Subvención económica en técnicas de reproducción asistida de la especie traficada en zoológicos, lo cual implica los costos por los pagos al profesional especializado y por los insumos utilizados, además de los gastos generados por el traslado de la especie a su hábitat natural.

5.3.3. Acciones de sensibilización

Se adoptarán estas medidas a fin de concientizar al agente a no incurrir en la comisión de tráfico de vida silvestre, considerando las siguientes acciones:

- Obligación asistir a cuatro charlas emitidas por SERFOR sobre temas de tráfico de ilegal de especies de fauna silvestre y/o temas afines, debiendo presentar el original de dicho documento a su judicatura.

- Subvención económica para la impresión de folletos para concientizar a la población sobre la protección de la especie.

6. Conclusiones

- Ante la complejidad que se afronta cuando se pretende fundamentar el daño ambiental para determinar la reparación civil, las categorías utilizadas para determinar la responsabilidad civil no resultan muy útiles, más aún, cuando se trata del restablecimiento del medio ambiente o *reparación in natura*.
- Para la fundamentación del daño ambiental como base para fijar el *quantum* de la reparación, se deben considerar lo normado en la Ley General del Ambiente, en cuanto señala en su artículo 142, que la responsabilidad por daño ambiental debe comprender los costos derivados de la ejecución de medidas de prevención y mitigación del daño.
- La “Guía de valoración económica de daños por delitos ambientales” es un gran avance a tener en cuenta para determinar el quantum de la reparación civil en los delitos de tráfico ilegal de especies de fauna silvestre. No obstante, se deben imponer medidas adicionales como las propuestas en el presente artículo, con la finalidad de prevenir y mitigar los daños ante la incidencia en este tipo de delitos.
- Son acertadas las medidas adicionales propuestas, en tanto cumplen una doble función, pues permitan restaurar el daño ambiental, así como también prevenir la comisión del delito de tráfico de vida animal silvestre, cumpliendo con el artículo 142 de la Ley General del Ambiente, donde se señala que, el responsable de causar daño ambiental, deberá asumir los costos derivados de las medidas de prevención y mitigación del daño, además de los costos relacionados con la vigilancia y monitoreo de la actividad dañosa y de las medidas de prevención y mitigación adoptadas.

Referencias

- Apoyo Consultoría. (2021). Valoración Económica de la Cadena de Valor de los Delitos Ambientales en Loreto, Ucayali y Madre De Dios. Proyecto Prevenir de USAID, 138.
- Beja, J. G. (2019). La reparación del daño al medioambiente: vías para ejercer la responsabilidad y aseguramiento de los daños. *Observatorio*

- Medioambiental*, 22, 31-52. <https://revistas.ucm.es/index.php/OBMD/article/view/67062/4564456552746>
- Congreso de la República. (2005). Ley N. 28611, Ley General del Ambiente. <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/detallenorma/H901891>
- Congreso de la República. (2011). Ley N. 29763, Ley Forestal y de Fauna Silvestre. <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/detallenorma/H1035931>
- Decreto Legislativo N. 935, Código Penal. (1991). <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/detallenorma/H682692>
- Espinoza, J. E. (2008). Responsabilidad Civil por Daño Ambiental. ¿Tutela efectiva de los derechos de los dañados o lirismo? *Ius et praxis*, 42, 29.
- Marroquín, A. M. (2021). Los gobiernos locales como titulares de la reparación civil en los procesos penales por delitos ambientales. *Justicia Ambiental*, 1(1), 52-57. <https://revistas.pj.gob.pe/revista/index.php/ja/article/view/458/674>
- Ministerio de Agricultura. (2015). Decreto Supremo N° 019-2015-MINAGRI, Decreto Supremo que aprueba el Reglamento para la Gestión de Fauna Silvestre. <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/detallenorma/H1137349>
- Ministerio del Ambiente del Perú. (2021). Guía de valoración económica de daños por delitos ambientales.
- Organización De Las Naciones Unidas. (1992, 5 de junio). Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/riodecla
- Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y Agricultura. (2022). Conjunto de Herramientas para la Gestión Forestal Sostenible (GFS). <https://www.fao.org/sustainable-forest-management/toolbox/modules-alternative/wildlife-management/in-more-depth/es/>
- Peña, M. C. (2008). Aspectos Procesales De La Responsabilidad Por Daño Ambiental. *Revista de Derecho Administrativo*, 6, 208-229. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/14065/14687>
- Proyecto Prevenir. (2021, 25 de junio). Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional. <https://preveniramazonia.pe/noticia/trafico-ilegal-de-vida-silvestre-crimen-organizado/>
- Velásquez, L. M. (2000). Responsabilidad civil por daño ambiental. *Hammurabi*, 531-558.
- Zapata, M. A. (2020). Alcances generales del tráfico ilegal. *Gaceta Penal y Procesal Penal*, 128, 128-138.



DELITO ECOLÓGICO: PRINCIPIO PRECAUTORIO Y REGULACIÓN EN EL DERECHO PENAL ARGENTINO

*Rosana Elizabeth Luggren**

Pontificia Universidad Católica Argentina sede Paraná

roluggren@hotmail.com

<https://orcid.org/0000-0002-1901-9137>

Resumen: La expansión del derecho penal emerge para adecuarse a las nuevas formas de criminalidad de la denominada “sociedad de riesgos”, la cual surge con la globalización y se constituye en los nuevos retos del sistema punitivo tradicional.

La explotación indiscriminada de los recursos naturales y la consecuente destrucción del ambiente derivó en que las modernas constituciones de los Estados industrializados deban otorgar prioridad a las condiciones de supervivencia de la humanidad. Siendo la función más importante de la política criminal moderna otorgar protección al medio ambiente.

La actual regulación penal vigente en materia de responsabilidad penal por delito ecológico en el derecho argentino contemplado en la Ley N. 24.051 de “Residuos Peligrosos” contempla un tipo doloso e imprudente. Rige el principio de accesoriadad del derecho administrativo respecto del derecho penal del medio ambiente. El rol asignado al principio precautorio en el ordenamiento argentino, como criterio rector de las leyes ambientales, consagra la vigencia del principio en un estadio anterior a la consumación del daño otorgando plena operatividad al principio en jurisdicción preventiva.

En las nuevas tendencias por definir y castigar el crimen ecológico-económico subsisten dificultades para delimitar la responsabilidad jurídica de los que se favorecen con un negocio a costa del daño ambiental.

Palabras clave: Delito ecológico, principio precautorio, derecho argentino.

* Abogada por la Universidad Nacional de Córdoba. Docente de la cátedra de Derecho Penal de la Universidad Católica Argentina sede Paraná. Autora de diversas publicaciones de Derecho Penal y Procesal Penal, así como conferencista en congresos y seminarios. Es también fiscal auxiliar del Ministerio Público Fiscal de la provincia de Entre Ríos (Argentina).

ECOLOGICAL CRIME: PRECAUTIONARY PRINCIPLE AND REGULATION IN ARGENTINE CRIMINAL LAW

Abstract: Criminal law has been expanded so as to tailor it to the new forms of criminality within the so called “risk society”, which emerged alongside globalization and constitutes new challenges to the traditional punitive system.

Indiscriminate exploitation of resources and the consequent environmental depletion led modern constitutions of industrialized countries to prioritise the conditions to human survival. Thus, the most important function of current criminal policy is to protect the environment.

In Argentinian law, the current criminal regulation in the matter of criminal liability for environmental crime is pursuant to Law No. 24051 on Hazardous Waste. It provides for a fraudulent type and a reckless one. The principle of administrative accessoriness applies to environmental criminal law. In Argentinian legislation, the precautionary principle has been conferred the status of guiding criterion for environmental laws. This enshrines the applicability of the principle in a stage prior to damage being inflicted granting it full applicability regarding preventive jurisdiction.

In the new tendencies towards defining and punishing environmental-economic crime, there are hindrances to determine legal liability of those who benefit from business at the expense of environmental damage.

Keywords: Environmental Crime, Precautionary Principle, Argentinian Law.

1. Introducción

En el presente artículo analizaremos la actual regulación penal vigente en materia de responsabilidad penal por delito ecológico en el derecho argentino, es decir, la Ley N. 24.051 de “Residuos Peligrosos”.

El estudio de la temática estará orientado, específicamente, en lo atinente a la figura dolosa e imprudente plasmada en la Ley de Residuos Peligrosos y el rol asignado en materia de responsabilidad penal a las personas jurídicas. Así también, a la responsabilidad por la participación de las personas físicas integrantes del órgano colectivo, en lo atinente a su intervención en el hecho punible. Asimismo, respecto de las personas físicas, la derivación de otras imputaciones, que les pudiere corresponder por la realización del ilícito como integrante de la persona colectiva.

En este sentido, el abordaje teórico de la cuestión tiene como punto de partida, lo atinente a la definición de delito ecológico; el tipo doloso (Ley N. 24.051, art. 55), confluencia con el art. 200 del Código Penal, implicancia en la praxis; el alcance del daño —peligro grave— para configurar el injusto; la prueba del daño y su complejidad técnica, problemática en el caso concreto; principio de accesoriedad del derecho administrativo respecto del derecho penal del medio ambiente. El tipo culposo del art. 56, su alcance y aplicación práctica.

A tal fin, partiendo de la expresa mención del tipo penal a la contaminación —derivada de la violación de leyes y reglamentos—, lo que implicaría una remisión a la Ley General del Ambiente N° 25675, que en su art. 4 cristalizó “el principio precautorio”, consagrado a nivel internacional en la Declaración de Conferencia de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro de 1992, elevado al rango de principio general, como criterio rector de las leyes ambientales.

En este corredor de ideas, se analiza la interpretación asignada a dicho principio, frente a los riesgos y peligros para el medioambiente; como así también, su implicancia en las personas jurídicas para reducir los riesgos en materia ambiental.

2. Consagración constitucional “Derecho a un ambiente sano”

La explotación indiscriminada de los recursos naturales y la consecuente destrucción del ambiente, derivó en que las modernas constituciones de los Estados industrializados deban otorgar prioridad a las condiciones de supervivencia de la humanidad. Siendo la función más importante de la política criminal moderna otorgar protección al medio ambiente.

A partir del reconocimiento del derecho a un ambiente sano, nace la tercera generación de los derechos denominados de incidencia colectiva, denominación utilizada por la Constitución argentina en su art. 43. Estos derechos, tiene su eje en torno del cual debe transcurrir la vida humana a partir de una proyección *ad infinitum*, que obliga a su protección a todos por igual. Esta cláusula tiene numerosas consecuencias en el campo del derecho y del gobierno en las sociedades modernas.

Conforme lo plasma la Constitución del Estado Argentino de 1994, el medio ambiente se encuentra reconocido y garantizado, como principio fundamental consagrado en el art. 41:

Todos los habitantes gozan del *derecho a un ambiente sano*, equilibrado apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. *El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer* según lo establezca la ley. (cursivas nuestras)

También prohíbe la introducción al territorio nacional de los residuos peligrosos y radioactivos. Le asigna a la Nación, en ese sentido, el rol de dictar normas que contengan los preceptos mínimos de protección, y a las provincias dictar normas que complementen dichos preceptos.

3. El delito ecológico: aproximación

La expansión del derecho penal emerge para adecuarse a las nuevas formas de criminalidad de la denominada “sociedad de riesgos”¹. Esta surge con la globalización y se constituye en los nuevos retos del sistema punitivo tradicional.

Para definir el delito ambiental, el autor peruano Columbus Murata sostiene que este:

... es un delito social, pues afecta las bases de la existencia social económica, atenta contra las materias y recursos indispensables para las actividades productivas y culturales, pone en peligro las formas de vida autóctonas en cuanto implica destrucción de sistemas de relaciones hombre-espacio. (como se citó en Vanella, 2013, p. 217)

Por su parte, el español Muñoz Conde, define el derecho penal ambiental:

... como el mantenimiento de las propiedades del suelo, el aire y el agua así como de la flora y fauna, y las condiciones ambientales de desarrollo de esas especies, de tal forma que el sistema ecológico se mantenga con sus sistemas subordinados y no sufra alteraciones perjudiciales. (como se citó en Vanella, 2013)

Como se aprecia, aquí aparece otro tema que ha suscitado posiciones encontradas la denominada última ratio del derecho penal, al considerarse al derecho penal ambiental

¹ Autores alemanes han desarrollado el tema: Hassemer, Roxin, Jakobs y el español Silva Sánchez. Se configuraría una sociedad de riesgos, caracterizada en un contexto social por el cambio en el potencial de los peligros actuales, en comparación con los de otras épocas, por la complejidad organizativa de las relaciones de responsabilidad.

como un derecho auxiliar de las prevenciones administrativas. Es decir, deben aplicarse las sanciones penales únicamente en aquellos casos en los cuales, no es suficiente la tutela del derecho administrativo o es necesario por la gravedad del daño causado.

En el derecho penal del medio ambiente se aplica el *principio de la accesoriedad respecto del derecho administrativo*, en todos los supuestos en que no se verifique delito ambiental. En tanto que, *para la aplicación de una pena*, debe existir el presupuesto, por mandato constitucional, *de una amenaza penal previa en la ley escrita, que el legislador ha prohibido y es socialmente lesivo*.

4. Delito ecológico: regulación en la Ley de Residuos Peligrosos N°

24.051

Argentina recibió el delito ecológico en la ley N° 24.051 de Residuos Peligrosos, en el Capítulo IX, art. 55 a 57 en los que establece el régimen penal (Ley N° 24.051, sancionada el 17 de diciembre de 1991 y promulgada el 8 de enero de 1992). Regula dos formas de responsabilidad dolosa e imprudente, abarcando comportamientos activos y omisivos. En primer lugar, se debe lesionar al medioambiente y con esa conducta poner en riesgo la salud pública, lo que implica que la intervención penal se justifica por el menoscabo al medioambiente y la afectación concreta de la salud pública. Por ello, la doctrina entiende que la protección del bien jurídico se enlaza en un criterio antropocéntrico, ubicando a las personas como eje de protección.

En su redacción, el art. 55 establece:

Será reprimido con las mismas penas establecidas en el art. 200² del código penal (reclusión o prisión de 3 a 10 años y multa de pesos 10.000 mil a pesos 200.000 mil), el que utilizando los residuos a los que se refiere la presente ley, envenenare, adulterare o contaminare, de un modo peligroso para la salud, el suelo, el agua, la atmósfera o el ambiente en general. Si el hecho fuere seguido de la muerte de alguna persona, la pena será de 10 a 25 años de reclusión o prisión.

El bien jurídico protegido ha suscitado diferentes puntos de vista. Algunos consideran que es la salud pública, en sentido de protección del bienestar físico, psíquico y espiritual de la población, es decir, de un número indeterminado de personas, extendiéndose la protección al mundo animal y vegetal. La tendencia actual es considerar al medio

² “Será reprimido con reclusión o prisión de 3 a 10 años y multa de pesos 10.000 mil a pesos 200.000 mil, el que envenenare, adulterare o falsificare de un modo peligroso para la salud, aguas potables o sustancias alimenticias o medicinales destinadas al uso público o al consumo de una colectividad de personas”.

ambiente como el bien jurídico protegido, los fundamentos estriban en la Declaración de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente (Estocolmo, 1972), la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ratificado por ley 23.054, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobado por ley 23.313 y por el art. 41 de la Constitución Nacional argentina (Navarro et al., 2009, p. 262).

Se ha interpretado el alcance del término —residuos peligrosos—, arribando a la conclusión que, para configurar el delito, basta con que se realice alguna de las conductas allí descriptas “utilizando” los residuos peligrosos que la Ley N° 24.051 define en el art. 2: Es residuo peligroso “todo residuo que pueda causar daño, directa o indirectamente a seres vivos o contaminar el suelo, el agua, la atmósfera o el ambiente en general”. Las disposiciones de esta ley

... serán también de aplicación a aquellos residuos peligrosos que pudieren constituirse en insumos para otros procesos industriales. Quedan excluidos de los alcances de esta ley: los residuos domiciliarios; los radiactivos y los derivados de las operaciones normales de los buques los que se regirán por leyes especiales y convenios internacionales vigentes en la materia.

Las acciones típicas consisten en envenenar, adulterar y contaminar de modo peligroso para la salud el suelo y el agua, la atmósfera o el ambiente en general. El alcance otorgado a la definición de residuo peligroso utilizada por la ley, abarca aquellos residuos que puedan causar un daño directo o indirecto a seres vivos o contaminar el suelo, el agua, la atmósfera o el ambiente en general. Esto implica que se altere las propiedades de un modo peligroso para la salud de lo contrario las conductas quedan excluidas del tipo penal.

4.1. Confluencia del art. 55 de la Ley 24.051 con el art. 200 del código penal

En cuanto a la denominada confluencia del art. 55 de la Ley 24.051 con el art. 200 del código penal, cabe mencionar que este último, no exige que el medio típico sean los residuos peligrosos. En cuanto a las conductas de envenenar y adulterar, no contempla la contaminación. En tanto que, al referirse al agua, el art. 200 protege el agua potable y destinada al uso público o al consumo de una colectividad de personas. Por su parte, la ley de residuos peligrosos refiere al agua en general, por lo que se entiende que cuando se envenene o adultere agua potable, es aplicable el art. 200 del código penal, por tratarse

de un concurso aparente de leyes por especialidad (Zalazar y Pérez, 2008, p. 299). Otra postura, en sentido contrario, sostiene que debe aplicarse la ley especial de residuos peligrosos y no el art. 200 del código penal, por especialidad (Aboso, 2015, p. 49).

4.2. Tipo imprudente

El art. 56 de la Ley 24.051 reza:

... si fuere cometido por imprudencia o negligencia o por impericia en el propio arte o profesión o por inobservancia de los reglamentos u ordenanzas, se impondrá prisión de un (1) mes a dos (2) años. Si resultare enfermedad o muerte de alguna persona, la pena será de seis (6) meses a tres (3) años.

Las conductas descriptas en el artículo 55 de la ley, pueden generar la imputación por imprudencia, lo que permite inferir que el legislador pretendió otorgar mayor protección al bien jurídico tutelado, para alcanzar todos aquellos supuestos en que con los elementos probatorios colectados, no se puede afirmar la figura dolosa, pero el autor ha sido negligente o no ha observado los reglamentos a su propio cargo, que permitieron la realización del resultado típicos. El sujeto activo debe violar un objetivo deber de cuidado que debe determinarse en cada caso concreto, para ser alcanzado por el tipo penal. Esto es, la creación de un riesgo no permitido por parte del sujeto activo y la concreción del riesgo no permitido en el resultado lesivo, dando paso a los presupuestos de imputación objetiva.

4.3. Tipo de Peligro

Tanto la doctrina como la jurisprudencia los consideran delito de peligro abstracto, ya que el peligro no debe ser comprobado por el juez, sino que se presume *iure et de iure* por la ley, bastando la comprobación de la conducta tipificada como peligrosa.

Por el contrario, hay otro sector de la doctrina, que adhiere al peligro concreto, por lo que resulta necesario que el juez deba comprobar la real afectación al bien jurídico en el caso concreto para la salud pública. No basta con la acción contaminante para configurar el tipo, sino que ese comportamiento debe contaminar de modo tal que afecte la salud humana.

En la redacción de la ley, para determinar la configuración de la conducta típica, el juzgador deberá tener en cuenta el peligro para la salud de las personas, circunstancia que determinará un profesional de la ciencia correspondiente, con la realización de una

pericia. Debe tratarse de un peligro grave, de tal magnitud, que razonablemente autorice la adecuación del tipo penal.

5. Responsabilidad penal de las personas jurídicas en la Ley de Residuos Peligrosos

En su art. 57 la Ley N° 24.051 contempla la responsabilidad penal de las personas jurídicas de la siguiente manera:

Cuando alguno de los hechos previstos en los dos artículos anteriores se hubiesen producido por decisión de una persona jurídica, la pena se aplicará a los directores, gerentes, síndicos, miembros del consejo de vigilancia, administradores, mandatarios o representantes de la misma que hubiesen intervenido en el hecho punible, sin perjuicio de las demás responsabilidades penales que pudiesen existir.

Conforme la redacción del artículo, corresponde aplicar pena a los integrantes de los órganos de decisión de la persona jurídica, de un modo genérico sin mencionar características de la persona jurídica que se trasladen a los sujetos que la integren. La ley realiza una enunciación taxativa, de los sujetos activos que pueden cometer las acciones típicas contempladas en los arts. 55 y 56.

Cesano (2003, p. 1222), afirma que este artículo constituye una cláusula de “actuar por otro”, aplicable a los delitos especiales, es decir, aquellos en los que el autor detente ciertas y determinadas características especiales. Así, refiere a directores, gerentes, miembros del consejo de vigilancia, administradores, mandatarios o representantes que hayan intervenido en el hecho punible.

En posición contraria, se considera que los tipos penales de la ley N° 24.051 no son delitos especiales propios, pues sujeto activo puede ser cualquier persona. Esta postura entiende que se trata de una cláusula de extensión de la punibilidad que alcanza a las personas físicas que hayan tomado la decisión. La cuestión debe ser abordada a través, de la teoría de los aparatos organizados de poder, autoría mediata siempre que el ejecutor actúe sin dolo o coaccionado, en tanto la acción descripta será imputable a quien previamente ha tomado la decisión, valiéndose de aquel al que utilizó como instrumento y mantuvo el dominio del hecho. En cambio, si el instrumento no actúa en error o coaccionado, cumpliendo una orden de la decisión de las autoridades de la sociedad, la autoría y participación podría resolverse siguiendo las reglas de participación criminal (Zalazar y Pérez, 2008).

Para el supuesto, en que la persona física no revista las calidades exigidas taxativamente por el art. 57, no existe objeción a que se apliquen las reglas de los arts. 45 y 46 del código penal, en razón de lo enunciado en la última parte del artículo cuando enuncia, sin perjuicio de las demás responsabilidades penales que pudieren existir.

El problema se plantea cuando no se trata de acciones en forma directa de los órganos societarios, aunque sí correspondan a la operación normal del establecimiento. En estos casos, la pena va a recaer en cabeza de operarios o empleados y no en los directivos. La doctrina, para solucionar estas cuestiones, recurre a los delitos de comisión por omisión o de omisión impropia, recayendo sobre el titular de la empresa o los directivos el “deber de garante”, quienes deberán tomar los recaudos necesarios de “seguridad” para evitar riesgos respecto de los bienes o personas. Toda persona que trabaje con residuos peligrosos es garante de que, en el proceso de utilización de esas sustancias, no se produzcan riesgos que puedan afectar la salud de terceros o el medioambiente. De allí se deriva un deber de control sobre las cosas peligrosas (Aboso, 2015, p. 32).

6. Principio precautorio. Implicancias de la Ley General del Ambiente N° 25.675

El derecho penal, en su carácter de *última ratio*, interviene en los casos de relevancia significativa de contaminación ambiental, cuando la conducta pone en peligro la salud de las personas. El derecho administrativo cumple una función de prevención de riesgos contra el medioambiente. El intérprete de la ley penal no puede prescindir del marco regulatorio global en materia ambiental para realizar un análisis de tipicidad de una conducta y, de ese modo, determinar si la misma es alcanzada por el derecho penal.

El principio precautorio fue consagrado a nivel internacional en la Declaración de Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y el Desarrollo, de Río de Janeiro (1992), que lo elevó a la categoría de principio general³, y se transformó en un criterio elemental que incorporaron las leyes ambientales y las convenciones sobre dicha materia que surgieron después de los años 90 en adelante.

El principio precautorio deriva del derecho alemán⁴, abarca la noción de “*mejores prácticas*” en el manejo ambiental, aún ante la ausencia de riesgo. También se lo utiliza para los estándares de emisión, por los cuales se insta a los industriales a adoptar “*la mejor tecnología disponible*”, con el fin de reducir los contaminantes.

³ El principio 15 señala: “Con el fin de proteger el peligro de daño grave e irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente” (1992).

⁴ *Vorgorgeprinzip* traducido en anticipación o previsión y la toma de recaudo previo a la acción (Walsh, como se citó en Goldenberg y Cafferatta, 2000, p. 69).

La interpretación que se le ha asignado a este principio, se puede sintetizar de la siguiente manera: a) la concepción minoritaria exige la presencia de un daño grave e irreparable, para hacer operativo el principio; b) la tesis amplia, sostiene que se requiere regulación siempre que exista la posibilidad de un riesgo (obviamente por sobre un mínimo de plausibilidad científica), a la salud, la seguridad o el medio ambiente, incluso si la evidencia respecto de él es meramente especulativa. Implica que, cuando exista peligro para el medioambiente o la salud, *quien desarrolla la actividad debe demostrar que la misma, es segura*, invirtiéndose la carga probatoria.

Luego de la reforma constitucional de 1994 con la incorporación del art. 41 a la Carta Magna, el Estado argentino sancionó la Ley N° 25.675 de política ambiental nacional (Ley General del Ambiente), vino a plasmar en su articulado los criterios rectores en materia ambiental que funcionan como base de interpretación para la aplicación de la dispersa legislación existente nacional o provincial. Así, en su art. 3 determina el alcance, la presente ley regirá en todo el territorio nacional, sus disposiciones son de orden público operativas y se *utilizarán para la interpretación y aplicación de la legislación específica sobre la materia*. Asimismo, dispone que las leyes en materia ambiental seguirán vigentes en cuanto no se opongan a los principios y disposiciones establecidos en la presente ley.

En su art. 4 prescribe: la interpretación y aplicación y de toda otra norma a través de la cual se ejecute la política ambiental estará sujeta a principios, que son de interés para la presente investigación. Estos vienen a ser los siguientes: a) *principio de prevención*: en el que se establece que las causas y las fuentes de los problemas ambientales se atenderán en forma prioritaria e integrada, tratando de prevenir los efectos negativos que se puedan producir sobre el ambiente y b) *principio precautorio*: en el que se establece que, “cuando haya peligro de daño grave o irreversible la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente”.

Esto consagra la vigencia del principio en un estadio anterior a la consumación del daño. Alcanza, incluso, a los supuestos donde todavía hay estado de ejecución. Cabe destacar, la plena operatividad del principio en jurisdicción preventiva.

La doctrina es coincidente en que las dudas acerca de la aplicabilidad del principio precautorio, para los supuestos que se susciten pruebas antagónicas u opiniones controvertidas, *deben resolverse a favor de la tutela ambiental*.

Consiguientemente, la Ley General del Ambiente, en su art. 32 estipula:

La competencia judicial ambiental será la que corresponda a las reglas ordinarias de la competencia. El acceso a la jurisdicción por cuestiones ambientales no admitirá restricciones de ningún tipo o especie. El juez interviniente podrá disponer todas las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el interés general. Asimismo, en su Sentencia, de acuerdo a las reglas de la sana crítica, el juez podrá extender su fallo a cuestiones no sometidas expresamente su consideración por las partes. En cualquier estado del proceso, aun con carácter de medida precautoria, podrán solicitarse medidas de urgencia aun sin audiencia de la parte contraria, prestando debida caución por los daños y perjuicios que pudieran producirse. El juez podrá, asimismo, disponerlas sin petición de parte.

Se otorga al juez facultad para dictar todas las medidas necesarias para prevenir y hacer cesar daños al medioambiente, lo que se ha denominado activismo judicial. La regulación ambiental se incardina en ese sentido, sucede lo mismo con el derecho penal y procesal penal, por lo que cabe preguntarse, ¿el juez penal está facultado para dictar medidas cautelares tendientes a la protección del ambiente?

6.4. Principio precautorio: medidas cautelares en el proceso penal ambiental

Desde una mirada integradora del ordenamiento jurídico, subyace integrar a la Ley General del Ambiente el principio precautorio al proceso penal, por medio de las medidas cautelares.

El principio precautorio es relativamente reciente en el campo ambiental y provoca un cambio de paradigma respecto de la afectación al medioambiente e implica un desafío para el derecho penal moderno. Al decir de Schünemann (2015), el derecho penal tiene su lugar más indicado en la defensa de las bases de subsistencia, no sólo de la sociedad actual, sino también de la sociedad futura. Así, el derecho penal también debe satisfacer la misión de protección al ambiente integrándose con las restantes ramas del derecho, conforme al principio de mínima intervención. La tutela cautelar de los intereses comprometidos por la contaminación ambiental cuando se acredita con suficiente grado de probabilidad, está fundada en las atribuciones de la Ley 25. 675 y en el art. 41, primer párrafo, de la Constitución Nacional. Cuando hay peligro de daño grave e irreversible, la ausencia de información no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medioambiente. Aquí subyace la posibilidad que tiene el juez de aplicar medidas cautelares e, incluso, clausurar

preventivamente un establecimiento industrial con la finalidad de hacer cesar la comisión de un hecho ilícito.

El código penal en su art. 23 dispone:

... El juez podrá adoptar desde el inicio de las actuaciones judiciales las medidas cautelares suficientes para asegurar el decomiso del o de los inmuebles, fondos de comercio, depósitos, transportes, elementos informáticos, técnicos y de comunicación, y todo otro bien o derecho patrimonial sobre los que por tratarse de instrumentos o efectos relacionados con el o los delitos que se investigan, el decomiso presumiblemente puede recaer. El mismo alcance podrán tener las medidas cautelares destinadas a hacer cesar la comisión del delito o sus efectos, o a evitar que se consolide su provecho o a obstaculizar la impunidad de sus partícipes, en todos los casos se deberán dejar a salvo los derechos de restitución o indemnización del damnificado y de terceros”.

La Cámara Federal de La Plata, Sala II, en oportunidad de expedirse sobre una medida precautoria sostuvo: “...El contexto en el cual *prima facie* se concreta el delito investigado es el medio ambiente, amparado por nuestra Carta Magna en su art. 41. Y es allí, donde tiene andamiaje la medida precautoria dispuesta a efectos de hacer cesar los efectos nocivos de los contaminantes del agua del lugar y eliminar los riesgos de un posible incremento de la presunta actividad contaminante que podría reconocer su origen en el Centro Atómico Ezeiza. No debe soslayarse que las medidas ordenadas por el a-quo son medidas cautelares con la particularidad que en este caso le imprime la ley 25765, pero que en definitiva, como tales, deben reunir los presupuestos de admisibilidad ineludibles para su procedencia: a) existencia de un derecho verosímil en relación al objeto del proceso, del que no se requiere prueba terminante, bastando su acreditación *prima facie* –verosimilitud en el derecho- y b) la posibilidad de sufrir un perjuicio inminente o la alteración o el agravamiento de una determinada situación de hecho o de derecho, que pueden ser apreciados aun por terceros, en resumen: circunstancias, razones, motivos o hechos conforme a los cuales, puede seguirse el perjuicio que se intenta evitar –peligro en la demora-...Entiendo relevante advertir el objeto y finalidad que emana del principio precautorio de la mencionada ley ambiental en cuanto dispone: “...cuando haya peligro de daño grave e irreversible la ausencia de información o certeza científica no debe utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos para impedir la degradación del medioambiente...”, en concordancia con el principio de prevención que surge del mismo texto legal que dice: “...Las causas y las fuentes de los problemas ambientales se atenderán en forma prioritaria e integrada,

tratando de prevenir los efectos negativos sobre el ambiente se pueden producir...(art. 4 ley 25.675). Agréguese a lo dicho lo dispuesto por el art. 32, ley General del Ambiente-concordante con nuestro texto constitucional en su art. 41, 42 y 43 en cuanto dispone, aún con el carácter de medida precautoria, el juez puede disponer las diligencias que entienda necesarias, sin audiencia de las partes y sin petición alguna” (del voto del Dr. Frondizi)⁵.

6.5. Requisitos: procedencia

Los presupuestos de admisibilidad de una medida cautelar son los siguientes: a) verosimilitud en el derecho *fumus bonis iuris*, basta que la situación invocada parezca razonable, no es necesaria la certeza; b) el peligro en la demora *periculum in mora*, probables perjuicios que se ocasionarían por la falta de dictado de la medida; c) contra cautela, debe ser suficiente para asegurar los perjuicios que para el afectado irroga el cumplimiento de la medida requerida; a estos requisitos hay que adicionar uno más; y d) constatación del delito ecológico. Para la procedencia de la cautelar ambiental es necesaria la realización de una pericia ambiental. Si de las muestras analizadas se concluye que existe contaminación ambiental de un modo peligroso para la salud humana, para el caso de que no haya dudas en la constatación del ilícito, el juez podrá dictar una medida cautelar. La finalidad de la medida es el cese del delito ecológico, es decir, la culminación de la contaminación ambiental.

6.6. Resultados y conclusiones

De lo analizado precedentemente, se avizora un cambio de paradigma ideológico en la política criminal y en ese andarivel transitan las legislaciones.

El rol del principio precautorio es fundamental para la protección del medio ambiente, razón por la cual, cuanto mayor operatividad se le otorgue, menos van a ser los casos de daño ambiental futuros.

Se advierte, asimismo, la incapacidad del sistema jurídico vigente para atender eficazmente las cuestiones ambientales.

Hacia fines del siglo XX, irrumpen los daños graves e irreversibles, ponen al descubierto la imposibilidad de canalizarlos por medio de los sistemas de responsabilidad individual o colectiva, diseñados a partir del presupuesto de previsibilidad, justamente porque son riesgos “impredecibles” que se mueven en el campo de la incertidumbre.

⁵ Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, Sala II, “Actuaciones instruida por averiguación presunta averiguación Arts. 200 y 207 del C. Pen”, 11/05/2006, Abeledo Perrot N° 34/2628.

En materia penal ambiental se registran bastantes procesos judiciales, pero pocas condenas. En general, por la complejidad técnica de la prueba, muchas veces impide que se llegue a un pronunciamiento definitivo de condena o absolución y se extiende desmedidamente la duración del proceso.

En las nuevas tendencias por definir y castigar el crimen ecológico-económico subsisten dificultades para delimitar la responsabilidad jurídica de los que se favorecen con un negocio a costa del daño ambiental.

Se aprecia, también, la ausencia de normativa específica en materia ambiental, carencia de marco regulatorio procesal y la necesidad de crear tribunales especializados en la materia.

Al decir de Schünemann, el primer nivel de control estará constituido por la Administración, pero es indispensable que esté seguido por un nivel de control adicional y eficiente que solo podrá ser asumido por el derecho penal. ¿Dónde podría ser más necesario el derecho penal que en la protección del medioambiente y, con ello, en la protección de las condiciones para que todos los demás bienes jurídicos puedan sobrevivir y prosperar?

La regulación de la responsabilidad penal de la persona jurídica, en materia ambiental, implica una búsqueda de una teoría de la imputación societaria, concentrándose en la empresa como objeto de investigación, lo que trae aparejado un cambio de paradigma del sistema normativo penal, encaminándose hacia nuevas categorías delictivas, con la finalidad de aplicar sanciones a los entes ideales.

Referencias

- Aboso, G. (2015). *Derecho Penal y medio ambiente. Cuestiones dogmáticas básicas en la punición de los delitos ambientales*. IJ Editores. <https://riu.austral.edu.ar/bitstream/handle/123456789/1591/Derecho%20Penal%20y%20medio%20ambiente.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Alastuey Dobòn, C. (2011). Causalidad e Imputación en los Delitos contra el Medio Ambiente. *Revista de Derecho Penal*.
- Congreso de la Nación Argentina. (1992, 17 de enero). Residuos peligrosos. Ley N. 24.051. <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-24051-450/actualizacion>
- Constitución de la Nación Argentina. (1994). <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/0039.pdf>

- Cesano, J. D. (2003). Persona jurídica y criminalidad ambiental: algunas consideraciones dogmáticas y político criminales con relación al art. 57, ley 24.051. *Jurisprudencia Argentina*, 3(3), 1222-1226.
- Cesano, J. D. (2015). La responsabilidad penal de la persona jurídica en el Anteproyecto de Código Penal. *Revista La Ley*, 79(40).
- Donna, E. (2012). *El Código Penal y su interpretación en la Jurisprudencia* (2.ª ed. ampliada y actualizada, T. IV. Arts. 172 a 316). Rubinzal Culzoni Editores.
- Goldenberg, I. y Cafferatta, N. (2000). *Daño Ambiental. Problemática de la Determinación Causal*. Abeledo Perrot.
- Gómez Jara Diez, C. (2010). *Fundamentos Modernos de la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*. Editorial B de F.
- Mathus Escorihuela, M. (2006). *Derecho Ambiental y de los Recursos Naturales*. Artes Gráficas Unión.
- Naciones Unidas. (1992). Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. <https://www.un.org/spanish/esa/sustdev/documents/declaracionrio.htm>
- Navarro, G., Asturias, M. y Leo, R. (2009). *Delitos contra la salud y el medio ambiente*. Hammurabi.
- Roxin, C. (1997). *Derecho Penal Parte General, Tomo I, Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*, Editorial Civitas.
- Schünemann, B. (2015). *Sobre la dogmática y la política criminal del medio ambiente*.
- Silva Sánchez, J. M. (2006). *La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal de las sociedades postindustriales* (2.ª ed.). Editorial B de F.
- Silva Sánchez, J. M. (2009). *Tiempos de Derecho Penal*. Editorial B de F.
- Silva Sanchez, J. (2008). La evolución ideológica de la discusión sobre la “responsabilidad penal” de las personas jurídicas. *Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*, 29(86-87).
- Silva Sánchez, J. M. (1995). *El sistema moderno de derecho penal: Cuestiones Fundamentales*. Tecnos.
- Vanella, C. (2013). Criminalidad ecológico-económica. La responsabilidad penal por los negocios que afectan el medioambiente. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (2), 207-230.
- Zalazar, C. y Pérez Barbera, G. (2008). *Temas de Derecho Penal, Parte especial*. Editorial Mediterránea.

