

SAPIENTIA & IUSTITIA

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

AÑO 4 N. 7

E-ISSN 2709-1228



ÍNDICE

LA ADOPCIÓN POR PERSONAS DEL MISMO SEXO EN EL DERECHO PERUANO <i>Cecilia Collazos Merino</i>	5
LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN Y SU INFLUENCIA EN LAS DECISIONES JUDICIALES SOBRE MEDIDAS DE PRISIÓN PREVENTIVA QUE TOMA EL JUEZ Y LA VULNERACIÓN A LOS DERECHOS DE LOS INVESTIGADOS ANTE ESTA MEDIDA <i>Yannina Pisfil Fiestas</i>	51
LA PRISIÓN PREVENTIVA Y LA VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA <i>Evelin Rocío Mejía Milian</i>	89
LA MINERÍA EN EL PERÚ: UN ARMA DE DOBLE FILO PARA EL PROGRESO NACIONAL <i>Eduardo A. Manrique Herrera y Hugo S. Cuadros Rodríguez</i>	115
EL TRÁFICO ILEGAL DE TIBURÓN (SELACHIMORPHA, PERÚ) <i>María Ina Suárez Castañeda y Esneider Bustamante Delgado</i>	141
LA PROTECCIÓN LEGISLATIVA PERUANA FRENTE AL TRÁFICO INTERNACIONAL DE TORTUGA GALÁPAGOS (CHELONOIDIS NIGER) <i>Evelyn Lorena Lamadrid Vences, Silvia Carolina Rumiche Rochabrún y Jose Odicio Bueno</i>	165
ANÁLISIS DE LA CAZA FURTIVA DE LA VICUÑA EN LA LEGISLACIÓN PERUANA <i>Alfredo Quintana Moscoso, Henry Abdel Azula Mondragón, Elmer David Garnica Bustinza y Oscar Aníbal Jiménez Chura</i>	183



LA ADOPCIÓN POR PERSONAS DEL MISMO SEXO EN EL DERECHO PERUANO

*Cecilia Collazos Merino**
Universidad Católica Sedes Sapientiae
2016100557@ucss.pe

Resumen: Existen debates que dividen al país, como aquellos referidos a los derechos de la personalidad, identidad, sobre el matrimonio y también a cómo formar una familia. El presente trabajo de investigación busca profundizar sobre la problemática vigente en relación a las adopciones por personas del mismo sexo en el Perú. Asimismo, se analizará si el interés superior del niño dejaría de ser considerado, en caso se acepte en nuestra legislación la adopción por parte de personas del mismo sexo, sin desconocer las concepciones religiosas tradicionales. El enfoque a utilizar es el hermenéutico, sumado al método cualitativo. Se examinará el tema de la adopción por personas del mismo sexo, conjuntamente con el interés superior del niño(a) y adolescente frente al Derecho Internacional a fin de contrastar con el tratamiento normativo jurídico en el Derecho Peruano, llegando a un estudio de los argumentos que están a favor o en contra.

Palabras clave: Adopción, interés superior del niño, sujeto de derecho, adopción homoparental.

ADOPTION BY PEOPLE OF THE SAME SEX IN PERUVIAN LAW

Abstract: There are debates that divide the country, such as those related to personality rights, identity, marriage and also how to start a family. This research work seeks to deepen the current problem in relation to adoptions by people of the same sex in Peru. Likewise, to analyze whether the best interests of the child would no longer be considered, if adoption by people of the same sex is accepted in our legislation, without ignoring traditional religious conceptions. The approach to use is the hermeneutic, added to the qualitative method. The issue of adoption by persons of the same sex will be examined, together with the best interests of the child and adolescent in relation to International Law in order to contrast with the legal normative treatment in Peruvian Law. arriving at a study of the arguments that are for or against.

Keywords: Adoption, Best Interest of the Child, Subject of law, Homoparental Adoption.

* Alumna de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica Sedes Sapientiae.

No siempre podemos construir el futuro de nuestra juventud, pero podemos construir nuestros jóvenes para el futuro.

Franklin D. Roosevelt

1. Introducción

En la actualidad, la máxima preocupación del Estado peruano son los grupos vulnerables donde se ubica a las mujeres, los niños y los ancianos, pero su vital importancia es la niñez. De ahí que esta debe obtener mayor interés, tanto en su cuidado como su atención y, a su vez, proporcionarle, mejores condiciones de vida como la salud, educación, recreación, una mejor vivienda, alimentación y una excelente protección jurídica, temas primordiales en las agendas de las Convenciones Internacionales. En consecuencia, se le debe brindar todas las oportunidades y mejoras de vida que permitan vislumbrar su desarrollo potencial, igual para las futuras familias y el país. De este modo, se ofrece hacer un aporte a la cultura jurídica de nuestro país y, en razón de ello, la justificación de nuestra investigación busca aclarar un tema controversial de nuestra sociedad. Observamos, entonces, la otra cara de la adopción de menores, iniciando con el matrimonio, para dar origen a la familia, constituida por un varón y una mujer, respaldada por la Constitución Política del Perú y el Código Civil. Por ese motivo, nuestra investigación es fundamentar si debería permitirse en nuestra legislación la adopción por personas del mismo sexo. Acto seguido, esto podría ocasionar beneficios como desacuerdos en las parejas de la comunidad LGTBIQ+, que estarían pensando en adoptar. Asimismo, se busca corroborar de qué manera esto afectaría al interés superior del niño, niña y adolescente. En torno de nuestra realidad es de interés el tema, ya que existen familias que integran la comunidad LGTBIQ+ y están pensando en adoptar pero tienen muchas dudas. La presente investigación podría servir mucho a entender este tema a profundidad.

Nuestro problema conexo de investigación comenzaría por el principio del interés superior del niño. Donde el Estado está obligado a velar por su protección, desarrollo y hacer valer el respeto de los derechos del menor. Dicho principio se entiende como garantista en el marco de un sistema jurídico basado en el reconocimiento de derechos. En vista de eso, el interés superior del niño adquiere consideración primordial en todas las medidas concernientes a las adopciones de niños, niñas y adolescentes.

Todo menor de edad tiene el derecho de vivir en familia, formado por mamá y papá, o solo por el padre o madre y los hijos, donde los padres adquieren la obligación

de garantizar su adecuado desarrollo y satisfacción de sus necesidades. Siendo realistas, todo eso no se cumple la mayoría de veces. No todos los niños, niñas y adolescentes están junto a la familia biológica. Muchos están en situación de abandono, para pasar a cuidado del Estado a fin de su respectiva adopción, donde se busca que estos niños, niñas y adolescentes puedan ser integrados a una nueva familia, encargándose de su bienestar, desarrollo integral y vivienda digna. Siendo así, el objetivo principal de nuestro trabajo es comprender y fundamentar si se debería permitir en nuestra legislación la adopción por personas del mismo sexo en el derecho peruano con relación al interés superior del niño y desarrollo emocional del menor de edad.

La Constitución Política del Perú (1993) protege la familia y promueve el matrimonio (art. 4). En nuestro ordenamiento jurídico y en el Código Civil se precisa que el matrimonio es la unión voluntaria de un hombre y una mujer, lo cual, no se encuentra regulado la adopción homoparental. No obstante, en muchos países ya es legalizado el matrimonio por parejas del mismo sexo, al igual la adopción homoparental.

Por estas razones, con el resultado del presente trabajo de investigación, se desea demostrar, crear conciencia en la sociedad peruana y obtener información que pueda ser útil a nuestra normativa. Esto dado que, en la actualidad, nuestra legislación peruana no respalda el matrimonio y la unión entre personas del mismo sexo y mucho menos la adopción por parte de parejas que integran el grupo de LGTBIQ+.

La premisa que es objeto de discusión de este trabajo consiste en analizar, describir y fundamentar, tanto fáctica como jurídicamente, si sería adecuado que nuestra legislación debería permitir la adopción por personas del mismo sexo. En caso esta se permita, habría que verificar si se ha dejado de lado el interés superior del niño, niña y adolescente. En tal sentido, hemos creído conveniente tratar este punto desde la jurisprudencia hasta la ciencia. Con este contexto, luego de presentar las secciones en torno del problema e hipótesis, el marco metodológico y el marcos teórico normativo, la investigación incidirá en tres importantes apartados: el primero, referido a cuestiones generales; el segundo, al tratamiento de la adopción por personas del mismo sexo en el Derecho Internacional y el Derecho Comparado; y el tercero, al tratamiento de la adopción por personas del mismo sexo en el Derecho Peruano.

2. Problema e hipótesis

- Problema Principal: ¿Se debe permitir en nuestra legislación, la adopción por personas del mismo sexo?

- Problema Conexo: ¿El interés superior del niño dejaría de ser considerado en caso se acepte en nuestra legislación, la adopción por parte de personas del mismo sexo?
- Hipótesis del Problema Principal: No, no se debería permitir en nuestra legislación, la adopción por personas del mismo sexo
- Hipótesis del Problema Conexo: Sí, ya no se consideraría el interés superior del niño en caso se acepte en nuestra legislación, la adopción por parte de personas del mismo sexo.

3. Marco metodológico

El tipo de investigación que se usará en esta ocasión es de carácter dogmático, aunque también es de tipo socio jurídico. Los métodos de investigación que aplicaremos son el método exegético, el dogmático y el socio jurídico.

El método exegético propone encontrar el sentido de una norma o de una cláusula en el texto de las mismas. Es decir, a partir de su literalidad, se atribuye un significado a los términos empleados en la redacción por el legislador o por los contratantes. Con ayuda de las reglas gramaticales y del uso del lenguaje, se indaga el significado de los términos en que se expresa una disposición normativa. Dicho significado suele coincidir con el lenguaje general empleado por los miembros de la comunidad, aunque en ocasiones es menester atender al lenguaje técnico que utiliza la norma jurídica.

Según Kart Larenz (s. f.), toda interpretación de un texto ha de comenzar con el sentido literal, en la medida que sea capaz de fijar definitivamente el significado de una expresión. El enlace con el uso general del lenguaje es el más evidente, porque se puede aceptar que aquel quiere decir algo y usa las palabras en el sentido que comúnmente son entendidas. El legislador se sirve del lenguaje general porque y en tanto se dirige a los ciudadanos y desea ser entendido por ellos (Anchondo, 2015, pp. 37-38).

El método dogmático-jurídico, o normativo de investigación filosófico-jurídica, considera que el objeto de investigación jurídica deber ser el Derecho, y lo entiende como la norma, la doctrina y la jurisprudencia. La dogmática no considera otro saber (sea reflexivo, especulativo o empírico) que no sea el saber jurídico que emane de la norma,

la doctrina jurídica y la jurisprudencia (sobre la norma). En base a ello se desarrollará la investigación.

El método socio jurídico es aquel “que aborda como el Derecho incide en la realidad social” (Guamán, Hernández y Yuqui, 2021). Según Sánchez (2011), este método “investiga lo que los hombres hacen en la práctica con el derecho”. Aborda la eficacia, desajustes del Derecho vigente, las causas, de aceptación o no de las normas jurídicas en un grupo social. Investiga las fuerzas reales y factores sociales de que subyacen en la creación, conservación, transformación y destrucción del sistema jurídico”. (p.6)

Nuestra forma de aplicar estos métodos, ya sea el método dogmático jurídico, como el método exegético, al igual el método socio jurídico, será de la siguiente manera: en primer lugar, el método exegético será fundamentalmente a las normas nacionales como internacionales, siendo este nuestro objeto de estudio, cuyo propósito es darle sentido a nuestra propuesta pendiente, queriendo obtener resultados que favorezcan a nuestras aspiraciones. Se enfatizará en entender la creación de la norma por parte del legislador. Para ello tendremos que analizarlas y ver qué tipos de preguntas debemos utilizar para que sea fácil de entender. En segundo lugar, el método dogmático, cuya aplicación será tradicional, incluirá la propuesta de estudiar el ordenamiento jurídico de las normas nacionales e internacionales y, a su vez, un razonamiento de la doctrina para poder encontrar un adecuado término jurídico a cada concepto, pudiendo verlos en casos prácticos y jurisprudencias, obteniendo un mayor conocimiento y pudiendo utilizarlo y optimizarlo. Por último, a través del método socio jurídico se tratará de experimentar y observar la actitud de las personas ante las incógnitas de nuestra investigación frente a la realidad social en que vivimos, dándonos un resultado de cómo es la eficiencia social de las normas en el Perú, sobre la realidad actual que nos rodea, incluido todos los elementos que nos ofrece la vida real del Derecho Peruano.

3.1. Técnicas de Investigación

- Para nuestra investigación se usará la técnica del análisis documental: información de libros, revistas, diarios, normas jurídicas, jurisprudencia, costumbres (normas jurídicas consuetudinarias), la doctrina, y principios generales del derecho.
- Una encuesta.
- Experimentación con la realidad.

3.2. Instrumentos de Investigación

Se utilizará un cuestionario debidamente preparado con interrogantes en relación al tema a tratar (previa supervisión) a docentes especialistas en la materia a tratar, incluso a personas que están muy relacionadas al tema.

4. Marco teórico normativo

La perspectiva de la que partimos en esta investigación es tomar en consideración el concepto de familia como la base de la sociedad, conformada por un varón y una mujer. El tema que nos convoca es analizar si sería adecuado que nuestra legislación peruana deba permitir la adopción por personas del mismo sexo, lo cual no es factible. Esto se debe a que se estaría desnaturalizando el principio del interés superior del niño, y dejando de lado las bases que conforman la familia. Si llegara a permitirse la adopción por parejas del mismo sexo, se estaría vulnerando el derecho de los niñas, niños y adolescentes a vivir en un seno familiar conformado por un padre y una madre, o tan solo por un padre o una sola madre y los hijos, vulnerando además su desarrollo integral, social, psicológico, ya que se verían afectados exponiéndolos a una tensión dañina, muy diferente a estar juntos con sus padres biológicos y heterosexuales.

Para comprender mejor el tema que estamos tocando, se deberá aclarar algunos conceptos de la investigación. El primero de ellos es el interés superior del niño, siendo un principio importante, y fundamental en nuestra legislación. Este principio fue recogido por la ONU (1959) donde se “dispone que el interés superior del niño debe de ser considerado fundamental únicamente en cuanto a la promulgación de leyes destinadas a la protección y bienestar del niño”. El interés superior del niño se consagra como un principio inspirador, que tiene su origen en el Derecho Común, donde sirve para la solución de conflictos de interés entre un niño y otra persona, donde priman los intereses del niño; lo que implica que este principio favorece la protección de los derechos del niño y, el lugar central que ocupa en la Convención constituye un valioso aporte a la ideología de los derechos del niño”.

Asimismo, cabe agregar lo que se entiende como sujeto de derecho en nuestra legislación. Es sabido que todo ser humano nace con derechos, según (Coca, La persona como sujeto de derecho (artículo 1 del Código Civil), 2020) “en nuestro ordenamiento la vida humana comienza con la concepción, pero la condición de “persona humana” o “persona natural” se adquiere a partir del nacimiento y no antes, ya que ambos son sujetos de derecho autónomos, porque si se llegase al término del embarazo, se convierte en persona natural, desde el nacimiento. Este ser humano (persona natural y concebido),

es el único sujeto de derecho que reúne las características de libertad, coexistencialidad y temporalidad al mismo tiempo. No obstante, no es el único sujeto de derecho.”

Para este tipo de investigación, se deberá tener claro lo que significa la adopción, donde el Estado es una institución que busca la forma de proteger y brindar al menor, que vive en estado de abandono, una estabilidad. El menor pasa a ser llamado el adoptado y los adultos los adoptantes, donde se establece que

La adopción es una medida legal de protección definitiva para niñas, niños y adolescentes (NNA) judicialmente, que se encuentran en estado de desprotección familiar y adoptabilidad y por eso se debe garantizar su derecho a vivir en una familia idónea, debidamente protegidos y amados, con las mejores condiciones de crianza para desarrollarse integralmente.

Considerando la adopción un acto jurídico *sui generis* que tiene de un lado al adoptante que desea incorporar a un tercero a su familia consanguínea, como su hijo y este adoptado el querer dejar de pertenecer a su familia consanguínea para pasar a formar parte de la familia del adoptante (Coca, La adopción: definición, requisitos, trámite, cese, 2021).

Por último, el concepto que vendría a ser el principal tema de nuestra investigación referido a las parejas del mismo sexo y tienen sus deseos de querer adoptar es definido como *adopción* homoparental. Este tipo de adopción es por personas del mismo sexo, ya sea formada por dos hombres, o dos mujeres que forma parte del grupo LGTBIQ+ (lésbico, gay, bisexual, trans, intersexual, queer, incluyendo a través del + cualquier otra identidad que se quede en el medio de todas ellas o en ninguna parte.+).

Se tomó en cuenta una relación de normas a analizar en este trabajo son las siguientes:

- El Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, art. 23.
- Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 16.
- En la Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 17: “Protección a la Familia”.
- La Constitución Política del Perú, art. 5, se admite el concubinato.
- Código Civil, el matrimonio está regulado en el Libro III: Derecho de Familia. (Arts. 239 al 286).
- La Ley N. 30467, jurisprudencial del Tribunal Constitucional en esta materia. Interés Superior del Niño (ISN).

- Ley N° 27337, el primero se refiere a los derechos y deberes.
- Constitución Política del Perú, art. 2, incisos 2, 4, 5 y 6.
- Código Civil, art. 234, Matrimonio e igualdad entre conyuges.
- El Código de los Niños y Adolescentes, arts. 6 y 7.
- Convención de derechos del Niño y en el Convenio de La Haya sobre Protección de Menores.
- Convención Internacional de los Derechos del Niño,
- Convención la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional, art. 20.

5. Cuestiones generales

5.1. Antecedentes sobre la adopción de personas del mismo sexo

En la actualidad, la adopción entre parejas del mismo sexo presenta una gran contraposición que se forma entre los criterios generales que surgen desde el marco regulatorio de los derechos humanos y la Convención de los derechos del niño (Díaz, 2017). En estas posiciones se observa una remarcada diferencia, puesto que la adopción homoparental ha sido legalizada en catorce países, dejando a varias jurisdicciones sin reconocer esta figura jurídica.

En relación al tema, que existe un rechazo por parte de la sociedad, podría estar vinculado, que esta reconozca a la familia nuclear. Según Rengifo (2017), es cierto este rechazo por parte de la sociedad porque ella reconoce la familia tradicional entre un varón y una mujer, para procrear, lo que no sucede entre las personas del mismo sexo. Esto trae una revisión de la idea de la familia desde un punto de vista jurisprudencial; revisando la postura de la Corte Constitucional al concepto de familia.

Existen diversas posiciones que concluyen que este tipo de adopción, lejos de discriminar, vulnera el principio rector reconocido por los Estados, que busca proteger al niño, niña y adolescente que se encuentra vulnerable frente a la actitud de su familia sanguínea, y por hacer valer sus derechos no llega a la discriminación.

Al respecto, Arrieta considera lo siguiente:

... El interés superior del niño debe prevalecer sobre intereses de los posibles adoptantes. Según el derecho internacional y la legislación peruana, la adopción es por excelencia una medida de protección. No es un derecho de los adoptantes, sean homosexuales o heterosexuales, y por eso no se puede hablar de vulneración de un derecho fundamental. Plantear la cuestión como un problema de

discriminación contra los homosexuales supone, pasar por encima del interés del menor, que debe ser respetado, especialmente por quienes los quieren adoptar. Negar la adopción a un homosexual no es discriminatorio. Todo niño, desde su nacimiento hasta su adolescencia, desarrolla, poco a poco, su rol sexual de identidad de género, a través, de la identificación con las figuras parentales, que son el padre y la madre. (2016, p. 88)

El Estado considera a las personas que conforman el grupo LGTBIQ+ como un grupo vulnerable, debido a que padecen una serie de estigmas y prejuicios por parte de la sociedad que se niega a reconocerlos. Esta perspectiva no solo es de índole nacional, sino que se puede apreciar en diversos países, en muchos de ellos quizá por desconocimiento de esta realidad social y cultural.

En relación a ello, Pérez (2013), precisa:

... Las parejas homosexuales están caracterizadas por la inestabilidad y, en términos generales, carecen de la idoneidad para proporcionar al niño adoptado un ambiente estable, de humanización y socialización adecuados, que compense las carencias sufridas por el adoptado durante los primeros meses o años de su existencia, claramente perjudicial para el desarrollo armónico de la personalidad y adaptación social del niño. (como se citó en Gonzales, 2012, pp. 288-289)

Dentro de este contexto encontramos opiniones que consideran importante cuidar la salud y el desarrollo integral de los niños, frente a la adopción homoparental que no es aceptable como algo natural del ser humano y es difícil para muchos quienes no ven igual la conformación de una familia en base al matrimonio o la unión de hecho de un hombre y una mujer a una pareja homosexual, consideradas por la Ley idóneas para la adopción donde no sería oportuno adecuar un niño ante la crianza por una familia homosexual (Manzur, 2008, p. 166).

Desde otra perspectiva, Jimenez (2003) refiere que la idoneidad de poder adoptar por los homosexuales no es aceptable, porque cambiaría mucho la perspectiva y la adaptación del interés superior del niño, que son los más dignos de protección, como también la exigencia de una regulación jurídica específica en las normas propias de protección de menores. Y lo que se busca es lo más conveniente para los intereses de los niños y que siga vigente el principio de que la adopción es dar una familia a un niño y no un niño a una familia” (p. 137).

Mientras, para García (2005), es necesario e importante dotar de un estatus jurídico a los menores, para que gocen de pleno derecho en la sociedad civil. Ahora, se debe sumar un asunto esencial sobre cuál es la familia adecuada para un niño, viendo que ello no está en la orientación sexual de los padres sino la forma de cómo enfrentamos a estos menores de edad ante el mundo. Dado que toda familia que adopta siempre deberá afrontar día a día la formación del niño, en su educación, su crianza y su desarrollo hasta que se convierta en un adulto (p. 21).

Una diferencia se da en Colombia (Kabariti, 2021), país que ya tuvo su inicio por medio de su jurisprudencia en la Sentencia C 577 de 2011, y que no tiene duda que toda familia tiene los mismos derechos ya sea convencional u homoparental. Esta última hace parte de la institución desarrollada por el artículo 42 de la Constitución Política de Colombia, la que es contradictoria, ya que esta aún tiene la estructura más clásica con referente a la adopción la idoneidad de adoptar por la conformación de un matrimonio o una unión de hecho por un hombre y una mujer donde determina como familia la conformada por padre y madre y no la homoparental (p. 22).

Algo semejante se da en opinión de Arenas y Reyes (2019), quienes lo consideran discriminatorio y por ello debe ser eliminado el interés superior de los menores, dado que toda familia debe ser respetada y con trato igual. En las instituciones no se les garantiza una felicidad a estos menores de edad, que desean tener una familia, debido a que cuando sean mayores de edad estarán fuera de la institución. Sin importar dejar de lado la adopción homoparental, que lucha por reducir un orden cultural; construcción de una sociedad y que se base en el respeto y reconocimiento de las diversidades familiares y humanas, para que haya adopción homoparental, dentro del marco de la ley, sin perjuicios y discriminación (p. 25).

Cabe reflexionar ante lo expuesto por los autores, para quienes se trata de prejuicios sociales que deberían existir solo en nuestras cabezas y darles la oportunidad a los niños, niñas y adolescentes que están en la orfandad y necesitados de una familia, por lo cual, se debería normalizar la adopción de menores de edad por parejas del mismo sexo. En otro lado del espectro, existen autores a favor de nuestra investigación, que en base a sus investigaciones y análisis, han corroborado el daño que puede causar una adopción homoparental, lo que implicaría que este tema deba ser tomado con una gran preocupación para poder velar por las vidas de estos menores, que ya han sufrido el rechazo de sus padres biológicos y les sería imposible el poder soportar otro rechazo más, en este caso, por parte de los padres adoptivos homoparentales de suceder que estas parejas llegasen a dar por finalizada la unión familiar.

5.2. Interés superior del niño

En relación al problema conexo, sobre “el interés superior del niño dejaría de ser considerado en caso se acepte en nuestra legislación peruana, la adopción por parte de parejas del mismo sexo”. Se deberá ahondar profundamente sobre el tema en mención, como refiere Bécar (2020), que el Comité indica que el interés superior del niño constituye “un concepto triple”; es “un derecho sustantivo”, “un principio jurídico interpretativo fundamental”, y “una norma de procedimiento” Bécar (2020, p. 547). Por lo tanto, es desarrollada por la doctrina jurisprudencial internacional en muchas materias en las cuales tenga incidencia como se verá a continuación.

- Las primeras declaraciones internacionales sobre los derechos del niño

Entre los efectos de la Primera Guerra Mundial, podemos mencionar la decisión de la V Asamblea de la Sociedad de Naciones Unidas (1924) de proceder a dictar la llamada Declaración de Ginebra o Declaración de los Derechos del Niño. Aunque esta careció de fuerza (1934), por lo que se declaró una nueva Declaración de Ginebra que corrió con la misma suerte que la anterior. Finalmente, luego de la Segunda Guerra Mundial (1959), fue aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas, dando la Declaración de los Derechos del Niño internacional y con ello una serie de convenios y declaraciones, lo que permitió un tratamiento en torno de la situación de los niños, niñas y adolescentes, otorgándoles el reconocimiento a los menores la calidad de sujetos de derecho.

- Los derechos del niño en las convenciones internacionales

No existía una entidad encargada de proteger y cuidar de los derechos de los menores, empezando las convenciones y pactos internacionales, que abordaron los derechos del interés superior del niño, aplicándose en mayores de edad, mientras que, en la infancia solo era un deber de protección. Esto último ocurría con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Cabe mencionar dos referencias en relación a los derechos del niño y la tutela del interés superior (Convención Americana sobre Derechos humanos, 1969). En su art. 17, ap. 4, dedicado a la Protección a la Familia, dispone:

... los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección

necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos. (p. 8)

Se toma en consideración el interés superior del niño, e imponer a los Estados que estos adopten medidas de protección cuando haya una ruptura matrimonial, afectando a los menores de edad. La segunda norma, se refiere a los Derechos del Niño. En su art. 19, la Convención señala que “todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado” (p. 9).

Solo se impone a los Estados parte un deber de protección en atención a sus condiciones especiales. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, resolvió muchos casos en torno del principio de interés superior del niño. Destaca aquí su Opinión consultiva OC-17/2002, en su jurisprudencia contenciosa, relativa al caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*. En ese entonces para las convenciones internacionales, este era un tratamiento secundario hacia los derechos de la infancia. Finalmente, fue aprobada en la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), reconociéndola como la principal norma internacional, con valor universal por el “reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”. Asimismo, “las Naciones Unidas han proclamado y acordado en la Declaración Universal de Derechos Humanos y los pactos internacionales de derechos humanos, todo ello dio un gran cambio porque, ya no se le concibe como un “objeto de protección”, sino como un “titular de derechos y como persona (Bécar, 2020).

Se destaca la necesidad de brindar una atención especial a la infancia, mediante normas especiales como en la Declaración Universal de Derechos Humanos. Las Naciones Unidas proclamaron que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales. El mismo proceder se dio para las convenciones interamericanas e internacionales en lo referente a la tutela internacional especial para la infancia, que fundamenta esta protección que indica en la Declaración de los Derechos del Niño:

Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño:

1. Que, la protección primaria de la infancia ya se encuentra reconocida en el derecho internacional de los derechos humanos desde el momento que se lo considera como persona y, en tal calidad, sujeto de derechos.
2. Que, pretender desconocer la titularidad de derechos fundamentales en la infancia es el equivalente a introducir una distinción arbitraria, la cual no se compadece con el carácter universalista de los derechos fundamentales, que se reconocen a todos los seres humanos, sin excepciones.

3. Que, progresivamente se fue observando que la infancia se encuentra en una posición de inferioridad dentro de la sociedad, al considerarse un sujeto de derechos que no tiene la madurez y desarrollo suficiente para desplegarse en el ámbito jurídico. Esta falta de madurez tiene como efecto que no pueden ejercer con libertad sus derechos.
4. Que, el tratamiento de la infancia en las principales convenciones y tratados internacionales de derechos humanos era muy secundario, y no era suficiente para asegurar la debida protección de sus derechos.
5. Que, la infancia requiere de una protección especial por parte del Estado, pero sin desconocerle su posición de pleno sujeto de derechos, en particular desde el derecho internacional de los derechos humanos. (Bécar, 2020, pp. 542-543)

Opinión consultiva OC-17/2002: “Este principio regulador de la normativa de los derechos del niño se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades, así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Y lo hace nuevamente en su jurisprudencia contenciosa, relativa al caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile: “El objetivo general de proteger el principio del interés superior del niño es, en sí mismo, un fin legítimo y es, además, imperioso. En relación al interés superior del niño, la Corte reitera que este principio regulador de la normativa de los derechos de las niñas y los niños se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños y las niñas, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades.

- Derecho del niño

Los derechos del niño son derechos humanos donde el Estado parte tiene la obligación de proteger al infante desde que es concebido, ya que encontrándose indefenso merece mayor protección y cuidados. De esta forma, procuraría que estos menores puedan gozar de una seguridad social y desarrollarse con buena salud tanto moral, mental, física espiritual y socialmente, en condiciones de libertad y dignidad. En razón de ello, existen muchas organizaciones donde tienen especial cuidado para estos menores que quedan desamparados.

Sobre las adopciones por parejas del mismo sexo, no se podría dejar de lado el que estos menores sean escuchados, tomando en consideración las necesidades del adoptado y

que sean ellos los decidan su derecho de adopción y su bienestar como sujetos de derecho, poniendo en segundo plano los deseos del adoptante. Es por eso que los organismos encargados tienen la obligación, de tener un especial cuidado cuando se trata de un proceso de adopción, porque estarían velando el bienestar, felicidad y las aspiraciones de los adoptados. Al respecto, la Convención de los Derechos del Niño menciona que los Estados partes cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial y preservar el bien del menor (Bécar, 2020, p. 16).

5.2.1. Factores de riesgo de la adopción en parejas del mismo sexo

En muchas ocasiones, los niños son los más perjudicados cuando un hogar o un matrimonio termina en divorcio o separación, pero se considera que ya de por sí es difícil cuando estos menores son adoptados en el caso por una pareja homoparental, presentándose muchos factores de riesgo que se darían dentro de la nueva familia de parejas del mismo sexo, donde no se reconocería el sufrimiento que podrían estarle causando al menor. Esto ocurriría desde la discriminación hacia estos padres por parte de la sociedad que no mira con buenos ojos este tipo de parejas, como también el riesgo de que los menores sean aislados por los padres de sus compañeritos de la escuela, los vecinos de la cuadra, incluso en su propio entorno familiar. Aquí es cuando estos padres adoptivos homoparentales temen a esta discriminación y que los niños pueden comenzar a avergonzarse de ellos y empezar a ocultar la verdadera realidad de su entorno familiar. Todo esto podría llegar a generar en los padres adoptivos por parejas del mismo sexo una inestabilidad emocional y hacer sentir a los adoptados que no son agradecidos por brindarles un hogar y que ellos puedan desear unos padres heterosexuales.

- **Otros peligros amenazan a los niños adoptados por parejas del mismo sexo**

En muchas ocasiones, existe el pánico en hacerse cargo de un bebé, ya sea porque son padres primerizos, no estén dentro de un matrimonio, o se trate de una menor de edad la que acaba de traer un niño al mundo y aun no terminan el colegio o, como muchos casos, hayan sido víctimas de una violación, y por la presión de no poder criarlos, terminan dándolo en adopción. No todos los menores llegan a un matrimonio o familia nuclear formado por un hombre y una mujer, sino a un hogar ya sea monoparental u homoparental.

En el caso de un hogar conformado por parejas del mismo sexo, esto podría conllevar a factores de riesgo, lo que les generaría un desorden emocional, ya que estos menores apenas al nacer fueron separados de sus madres biológicas sin ni siquiera haber sido

amamantados. Los pediatras recomiendan que los ocho primeros meses son importantes en la vida de un menor para desarrollar un apego emocional con sus madres y estos recién nacidos se sientan amados y protegidos. La falta de ello dejaría como resultado un vacío emocional grande, donde el papel de los nuevos adoptantes debería ser proporcionar a los menores un cuidado especial y que cuenten con una especial sensibilidad. Es por eso que los niñas o niños y adolescentes necesitan formar parte de una familia estable emocionalmente como sería el caso de un matrimonio conformado por un hombre y una mujer, existen muchos casos donde las parejas homoparentales son las menos estables, ya que tienen demasiado con estar bajo la lupa de la sociedad, sería peor si los adoptantes homoparentales llegasen a divorciarse, caer en depresión y por último llegar a atentar contra su propia vida. Aquí, el infante volvería a sufrir, dado que estaría pasando por su segunda pérdida emocional (Dale O', 2004).

5.3. Concepto de familia

De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, etimológicamente la palabra familia proviene del latín familia que significa “grupo de personas emparentadas entre sí que viven juntas” (2022).

Al respecto, para Gonzales (2019), cómo citó a Espinosa (2000), es relevante revisar *prima facie* lo que significa una familia, cuya relación que mantienen es afectivas o biológica, de un grupo de personas, donde esta es considerada como la institución social. Asimismo, la matriz de identidad para un óptimo desarrollo de sus integrantes a su vez que ellos socialicen, además los integrantes transmiten su cultura, costumbres, religión y creencias de generación en generación. La familia se ha ido adaptando a todos los cambios y evoluciones que ha sufrido ya que hoy en día es multicausales. (p.5)

5.3.1. Tipos de familias

Por todos los cambios ocurridos se ha tenido que clasificar ciertos tipos de familias, ya sea familia numerosa y extensa a otros como las familias monoparentales y familias homoparentales, así como familias multiétnicas, entre otras (Sabater, 2014).

Algarabía (2017) comenta la forma en la que están definidos y clasificados los tipos de familia:

- Familias con una sola madre o padre. A estas familias se las denomina *monoparentales*.

- Familias donde los hijos viven con su madre y/o padre y con algún familiar, abuelo o abuela. Estas *familias se llaman extensas*.
- Familias con hijos de diferentes madres y padres, es decir que entre los hermanos tienen, un padre en común, pero de madres distintas y así muchas variantes... las *reconstituidas*.
- Familia nuclear, la conviviente formada por un único núcleo familiar, padres y sus hijos. Consideran en un núcleo familiar por dos adultos emparejados, con hijos o sin hijos, los formados por un adulto con uno o varios hijos. Casos en los que están presentes los dos progenitores. Es decir, cuando los hijos viven con la madre y el padre.
- Familia adoptiva jurídicamente, en el cual se crea un vínculo de parentesco, como la paternidad o maternidad. Es suplir dos carencias: un adulto que no ha podido o querido concebir un hijo y un menor que necesita el afecto.
- Por último, familias en las que los hijos pueden tener dos padres o dos madres. Llamadas familias homoparentales. Las parejas del mismo sexo pueden ser madres o padres a través de la adopción y de la inseminación artificial. (como se citó en Gonzales, 2019, pp. 6-7)

5.3.1. *Pensamiento conservador de las familias*

El origen de este pensamiento conservador es el término conservadurismo, donde prevalece las ideas para la conservación de las instituciones sociales y la estabilidad de un grupo, que podría estar relacionado con la religión, donde podrían mostrar rechazo ante ideas que no corresponden con las normas sociales que defienden. Consecuentemente, Torres (2017, s. p.), refiere que su ideología rechaza frontalmente cambios radicales, defendiendo el retorno y permanencia de valores tradicionales inexistentes a la fecha, por un mantenimiento de las tradiciones, los valores, las normas existentes en el país, poniendo obstáculo a la libertad individual. Por su parte, la vertiente del liberalismo defiende los derechos individuales, la igualdad entre personas nacidas en distintas clases sociales, diferente opción sexual, entre otras. Por todo lo manifestado la adopción homoparental no está regulada en nuestro país (Ynga, 2019, pp. 35-36).

Cabe agregar que, en los tiempos del derecho romano, concibieron una idea muy conservadora sobre la formación de una familia al igual que otras culturas, evidenciada por escritos, libros bíblicos y la religión. En Roma, el hombre y la mujer se unían en matrimonio, donde el hombre era el *pater familias* formando una familia, tomando en cuenta su religión politeísta. Igualmente se dio para el cristianismo, islamismo, budismo,

entre otros. Muchas de estas religiones tienen muy arraigada sus creencias y costumbres porque asumen que el concepto de familia repercute en la sociedad y en sus ancestros. Muchos países han permitido y hasta legalizado el matrimonio de parejas del mismo sexo, dando paso a la adopción de niños, niñas y adolescentes. La Iglesia ha dado su negación, alegando que la principal preocupación debería ser el bienestar de los menores de edad que son adoptados por homosexuales (Ynga, 2019, pp. 35-36).

En las escuelas de Massachusetts y EE.UU. están ya enseñando a los niños pequeños de la escuela elemental a equiparar las relaciones homosexuales a las del matrimonio entre un hombre y una mujer. Esto obliga a que muchos padres conservadores retiren a sus hijos. Cuando las escuelas públicas son usadas como instrumentos de adoctrinamiento contra la religión, los padres creyentes son discriminados (Dale O', 2004, párr. 15).

5.4. Concepto de la adopción

La adopción es vista como una figura jurídica que garantiza derechos e igualdad. Desde el punto de vista jurídico, se reconoce como hijo biológico a un niño, niña y adolescente a pesar que no lo sean, otorgándoles los mismos derechos que los hijos biológicos, como patria potestad y cuidado personal a cargo del adoptante frente al adoptivo (Mosquera, 2015, p. 62).

Para la autora Moliner (2012, p. 6), la adopción es “un instrumento jurídico que establece entre un menor y sus adoptantes un vínculo de filiación equiparable a la biológica a todos los efectos” Por su parte, el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables d (s. f.) lo estableció de este modo:

La adopción es una medida legal de protección definitiva para niñas, niños y adolescentes (NNA) declarados judicialmente en estado de desprotección familiar y adoptabilidad. Es una manera de garantizar su derecho a vivir en una familia idónea, debidamente protegidos y amados con las mejores condiciones de crianza para desarrollarse integralmente (DL. N° 1297).

“No se trata de darle un hijo a una familia. No es un derecho de los adultos de conseguir que se les confíe un niño porque lo desean. Se trata de que cada niño, niña adolescente ejerza plenamente su derecho a vivir en familia”.

Existen ciertas características sobre la adopción al referirla como a) un contrato, b) de carácter irrevocable, c) que mantiene formalidades, d) garantiza derechos y e) genera obligaciones (Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, 2007, párr. 4).

Al referirse a un contrato es porque es un acto jurídico bilateral, que es conforme a la ley, por lo que es irrevocable. Es decir, no se puede dar la nulidad del acto, una vez que las partes hayan dado su voluntad, tampoco no se puede dejarse sin efecto aún si con el tiempo surgen inconvenientes entre el adoptado y los adoptantes (Corral, 2002).

5.4.1. *Tipos de adopción*

Es por eso que el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables (2007) informa que en el Perú existen tres tipos de adopción:

1. La adopción de mayores de edad, que se tramita como proceso no contencioso ante el Juez de Paz o notarialmente.
2. La adopción administrativa, a cargo del MIMP.
3. La adopción por excepción, cuyo trámite es judicial. (p. 4)

- **Adopción monoparental**

A través de los años ha existido muchos cambios en las familias, como en el caso de las familias unipersonales o monoparentales aquella donde conviven ya sea una madre o el padre con sus hijos, a causa de diversos motivos como viudez, divorcios, separaciones o padres solteros sin pareja estable. En el caso de la adopción monoparental, se atribuye a que una persona soltera, viuda(o) divorciada, fuese hombre o una mujer, esté pensando entablar un proceso legal para adoptar un niño, niña o adolescente, ya sea porque no han logrado procrear, tomando la decisión en hacerse responsables del menor de edad para así otorgarle la satisfacción de sus necesidades y una vida digna. Estas personas optan por una paternidad o maternidad, bien por una autosatisfacción emocional o por el querer ser independientes financieramente, libres de compromiso con la sociedad.

- **Adopción heteroparental**

Este tipo de adopciones se dan en parejas heterosexuales, conformada por un hombre y una mujer necesariamente casados, donde algunas veces no han podido procrear hijos propios o quizás estos hayan fallecido por alguna enfermedad. En razón de ello, optan por la adopción heteroparental de menores de edad que están en abandono o desprotegidos, a través de una serie de papeleos, exámenes psicológicos, y salud, para poder hacer

realidad el sueño de ver crecer la familia y estos tengan futuros descendientes, deseosos de compartir su cariño, amor y protección que tienen para ese ser tan frágil, pero siempre en base a las normas legales, brinden a este menor un buen desarrollo en un ambiente donde lo respeten y hagan valer su derecho de igualdad, dignidad humana y protección como nuevo integrante de la familia, siempre teniendo como eje rector el principio del interés superior del niño.

- **Adopción homoparental**

Referente a la adopción homoparental, conformada por parejas del mismo sexo (sean dos mujeres o dos hombres), Arenas y Reyes (2019, pp. 7-8), señalan que

... la adopción homosexual es aquella donde el menor de edad es adoptado por persona o personas con orientación sexual diferente y algunas son parejas, como también podría ser la adopción del hijo biológico de uno de ellos y este sea adoptado por la pareja homosexual. La adopción homoparental actualmente es legal en catorce países, así como también en varias jurisdicciones; a pesar de ello, no todos los países han permitido esta figura jurídica. El tema de adopción homosexual no se encuentra especificado en la ley o declarado inconstitucional, suele darse mediante un proceso de legalización, de revisión y opiniones judiciales.

“En los Estados Unidos de Norteamérica, la adopción homosexual es uno de los principales temas en constante debate activo” (pp. 7-8).

Hoy los tiempos son otros como también el sentir de las sociedades. Por ese motivo, Moliner (2012), constata que la gran mayoría de personas adoptantes homoparentales son mujeres lesbianas solteras que no han podido procrear un hijo, y a causa de ello acuden a técnicas de reproducción asistida, tratamientos *in vitro* o maternidad subrogada. Igualmente, existen pocos hombres solteros que desean adoptar un niño, muchos de ellos son padres solteros, pero de hijos biológicos.

- **Modalidades de adopción**

Dentro del tema de adopción en nuestro país existen modalidades de adopción como lo menciona el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables (s. f.): “Considerando esto, es importante mencionar que existen dos modalidades de adopción según las características y necesidades de los niños, las niñas y/o adolescentes:

a) Adopción regular

Impulsa la adopción de niñas y niños menores de seis años. Pueden presentar diversos antecedentes, de padres con adicciones al alcohol o drogas, víctimas de abuso sexual, enfermedades psiquiátricas, incesto, entre otros. Todo solicitante de adopción es considerado mediante la valoración de su idoneidad, sin embargo, obtenida dicha idoneidad para la adopción, puede solicitar ser considerada para un trámite de adopción especial.

b) Adopción especial

Impulsa que niños, niñas y adolescentes con características o condiciones específicas sean adoptados por las familias que ya cuentan con idoneidad para la adopción. Sin embargo, la adopción especial amerita un procedimiento de adopción propio, respecto de los siguientes casos:

- Adolescentes (A).- adolescentes entre los 12 años a 17 años de edad que desean una familia.
- Grupo de hermanos/as (H).- hermanos de 2 o más miembros, en donde uno de ellos es mayor de 6 años y/o alguno presenta alguna condición de salud o discapacidad.
- Niñas, niños o adolescentes con discapacidad (NE).- En este grupo que presentan discapacidad física, cognitiva, motora o aquellos con multidiscapacidad, grupo niños, niñas y adolescentes de 0 a 17 años.
- Niñas, niños mayores de seis (6) años de edad (M).- niñas entre 6 y 11 años que desean una familia, se encuentran sanos.
- Niñas, niños o adolescentes con problemas de salud (S).- presentan algún problema de salud y pueden requerir intervenciones quirúrgicas, terapias, etc. (Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, 2007, párr.18)

5.4.1. Estudios científicos que demuestran que la adopción por pareja heterosexual resulta más favorable que por parejas del mismo sexo

El cuestionamiento no favorable para las adopciones homoparentales es la supuesta distorsión de la identidad y orientación sexual de los adoptados. La medicina, la pedagogía, la psicología y la sociología concuerdan, que hay estudios que demuestran la estabilidad psicoemocional de menores adoptados por pareja heterosexual que por homoparental, debido a que tienen un ambiente estable y adecuado. Es por ello que Mc Lean (2010, pp. 533-537) manifiesta, con base en estudios recopilados, que no habría esa estabilidad

con los adoptantes homosexuales; ellos a veces padecen de depresión, ansiedad, falta de amor propio, sumando a un estilo de vida arriesgada que podría involucrar promiscuidad, contagio del VIH SIDA, abuso de sustancias, inestabilidad emocional por la falta de aceptación de parte de la sociedad y familiares, entre otros. Por todo lo descrito, sería un sufrimiento para estos menores, que ya padecieron al ser rechazados por sus padres biológicos. Mc Lean (2010, pp. 533-537), a través de estudios tomados del mundo académico anglosajón, en particular de los trabajos de Rekers (2005), profesor de Neuropsiquiatría de la Escuela de Medicina de la Universidad de Carolina del Sur, quien cita más de 270 estudios científicos y otros como el de Byrd (2005) o el de Golombok y Tasker (1996), señala las siguientes conclusiones:

- Los hogares de parejas de distinto sexo tienen, por el solo hecho de tener una figura paterna y una figura materna, una aptitud exponencialmente mayor para la formación y la educación afectiva de las futuras generaciones.
- Los hogares de parejas homosexuales son más riesgosos para los niños.
- Hay un daño al derecho a la conformación de la identidad sexual en los niños criados por parejas de personas homosexuales.
- Los matrimonios homosexuales son menos estables y duraderos que los heterosexuales, además que tienen una clara tendencia a la promiscuidad.
- El matrimonio heterosexual estable es el entorno educativo más idóneo frente a cualquier otra alternativa existente en la actualidad.

Estudios científicos demuestran que existe un porcentaje menor entre las personas heterosexuales y mayor entre las personas homosexuales que tienen tendencia de uso de sustancias tóxicas, como también, una inclinación de trastornos depresivos, problemas de soledad, inestabilidad emocional, falta de autoestima, y una mayor incidencia de intentos de suicidio, lo cual contribuirá a la desintegración de la familia homoparental. Con todo esto, los menores adoptados tienen más probabilidades de experimentar estrés (Mc Lean, 2010, pp. 533-537).

De acuerdo con el tema, Gonzáles Pérez de Castro precisa lo siguiente:

... Las parejas homosexuales están caracterizadas por la inestabilidad y, en términos generales, carecen de la idoneidad para proporcionar al niño adoptado un ambiente estable, de humanización y socialización adecuados, que compense las carencias sufridas por el adoptado durante los primeros meses o años de su existencia. La misma Asociación Española de Pediatría señala que un núcleo

familiar con dos padres o dos madres, o con un padre o madre de sexo distinto al correspondiente a su rol es, desde el punto de vista pedagógico y pediátrico, claramente perjudicial para el desarrollo armónico de la personalidad y adaptación social del niño. Estas consideraciones justifican que, incluso los ordenamientos que otorgan un cierto y amplio reconocimiento jurídico a estas uniones, excluyan expresamente la posibilidad de que reciban niños en adopción. (González, 2015, pp. 288-289)

Por lo que respecta, González Pérez de Castro ha expresado sus razones claras y contundentes de forma negativa con referencia a la adopción de niños, niñas y adolescentes por parte de parejas homosexuales.

5.5. Pensamiento de la Iglesia Católica

La Iglesia Católica siempre ha jugado un papel importante a lo largo de toda la historia sobre la formación de la familia en base de un matrimonio contemplado en las sagradas escrituras, destacando por hacer valer sus enseñanzas y las buenas costumbres.

Por lo tanto, Bolaños y Ariel (2018) señalan que la Iglesia Católica ha tenido un papel protagónico, tanto en la religión como la educación y hasta en las sentencias, como la Santa Inquisición creada por la Iglesia Católica Apostólica Romana. Es así que participaba en la redacción y aprobación de leyes y negociaciones de paz con grupos armados. Y se refleja más en la adopción e interpretación de las normas morales predominantes y en las prácticas que contienen las buenas costumbres. Ellos los faculta para tener una voz y un eco en la sociedad.

Por ejemplo, la Iglesia católica reconoce como matrimonio a la familia fundada entre un hombre y una mujer, salvaguardándola y promoviéndola, respaldada por la Biblia. “por principio, toda unión sexual que no tenga relación directa con la procreación y que no acontezca en el ámbito del matrimonio heterosexual, será rechazada y calificada como antinatural”; aceptando el afecto y amor de pareja solo entre personas de sexo opuesto. Todo ello ha tenido repercusiones jurídicas haciendo que los Estados denieguen la legitimidad del matrimonio de parejas del mismo sexo y a su vez no permitir la adopción por personas del mismo sexo (Bolaños y Ariel, 2018, s. p.).

5.6. Pensamiento de la Comunidad LGTBIQ+

En la actualidad, las personas tienen su propio concepto con referentes a las parejas del mismo sexo, hay quienes reaccionan de diferente manera al ver una pareja homosexual

juntos, andando de la mano e incluso dándose muestras de afecto. Para aclarar este punto, Suarez (2021) afirma lo que significan las siglas LGBTIQ+, cuyas iniciales engloban las palabras Lesbianas, Gais, Transexuales y Bisexuales; en inicios fue “gay”, bisexuales y lesbianas, transexuales. Reconocidos formalmente luego de la marcha que se dio después de los llamados disturbios de Stonewall, (1969) en Nueva York, a finales del siglo XIX empezaron a manifestarse, reivindicando supuestos derechos para los homosexuales (pp. 12-113).

Han ido insertando a más comunidades, como las personas intersexuales (LGBTIQ+), que cuentan con genitales de ambos sexos, pansexuales (LGBTP), no restringe su sexualidad para con los bisexuales, heterosexualidad u homosexualidad y asexuales (LGBTQA). Son aquellos que no sienten atracción sexual por otros. Ha dado como resultado el uso del signo más, quedando como LGBTIQ+. El movimiento de liberación LGBTIQ+ tiene como principales objetivos la adopción por parte de parejas homosexuales, el matrimonio igualitario y la despenalización de la homosexualidad en diversos países del mundo (Manzur, 2008, pp. 12-113).

5.6.1. *Modelo de Familias que piensa la comunidad LGTBQ+*

Al día de hoy el modelo de familia nuclear ha evolucionado cada vez más, como en países europeos, por lo que ya no solo está compuesta por papá y mamá, sino que también por parejas del mismo sexo, donde existe dos mamás, o dos papas, donde ellos crean su propia familia a su manera, con sus propias reglas y principios.

Por lo antedicho, Manzur (2008, p. 101) refiere que, dadas las nuevas definiciones de familia, la unión homosexual podría considerarse una “familia”, ya que no se limita al matrimonio heterosexual, sino que incluye otras formas de relaciones humanas donde sus miembros se encuentran unidos en forma permanente por lazos de solidaridad, convivencia, respeto y afecto. Así, surge la llamada familia “homoparental”, donde la llamada “familia” y la aceptación para la adopción homoparental serán solo por la capacidad para la crianza y socialización de la descendencia. A esta conclusión se ha llegado, porque la familia es principalmente convivencia orientada por el principio de solidaridad en función de afectividades y lazos emocionales conjuntos (p. 101).

6. Tratamiento de la adopción por personas del mismo sexo en el derecho internacional y el derecho comparado

6.1. Legislación Internacional

6.1.1. *Declaración Universal de Derechos Humanos*

Es sabido que, en todo el mundo, toda persona nace con derechos innatos y ante la ley todos somos iguales. A partir de esa premisa, Suarez (2021) señala que los derechos LGBT en la actualidad son considerados derechos humanos por parte de Amnistía Internacional y Human Rights Watch. Por ello, las leyes sobre derechos LGBT incluyen varios derechos¹.

6.1.2. *Convención Internacional de los Derechos del Niño*

El enamoramiento es una etapa que vive una pareja heterosexual y a veces, en casos de jóvenes e inexpertos, ocurren embarazos a corta edad, y con ello asumen que formarán una familia, que por diversos motivos no se logra y terminan dando en adopción al ser que traerán al mundo. Aquí es donde los hijos se llevan la peor parte de la inmadurez de sus padres. Por tal sentido, se fueron formando instituciones que velasen por el bienestar de estos infantes, como menciona Moliner (2012).

La Convención Internacional de los Derechos del Niño (1989), menciona derechos fundamentales y personalísimos de los menores, como el de “crecer bajo el amparo y la protección de una familia”, a la que se reconoce como “grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y bienestar de todos sus miembros”. Por lo tanto, la Convención ha consagrado, como principio inspirador y criterio interpretador, el *interés superior del niño* ante cualquier eventualidad, circunstancia o interés frente a su custodia, cuidado, educación y desarrollo se refieren (art. 3.1); como también el art. 20 de la Convención nos detalla que el Estado estará a cargo de los menores que son privados de su medio familiar, ubicándolos en hogares de guarda.

6.1.3. *Convenio Relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional (Convenio HCCH Adopción de 1993)*

Como se menciona líneas arriba, se formaron muchas entidades cuya mayor preocupación fue el interés superior y la protección de los niños ante el mundo, ya

¹ “1.- Derogar las leyes que tipifican como delito las relaciones sexuales consentidas entre personas del mismo sexo. 2.- Reconocimiento gubernamental de las relaciones entre personas del mismo sexo. 3.- Permitir la adopción homoparental. 4.- Reconocimiento de la familia homoparental. 5.- Prohibir las ‘terapias reparadoras o de conversión’ que intentan cambiar o reprimir la orientación sexual y la identidad de género de una persona, en particular en menores de edad. 6.- Derechos migratorios para parejas del mismo sexo. 7.- Igualdad en la edad de consentimiento sexual. 8.- Acceso igualitario a las técnicas de reproducción asistida. 9.- Reconocer la autodeterminación del género a las personas transgénero, para acceder a la modificación legal de su identidad (nombre y sexo registral) en documentos oficiales. 10.- Acceso a la cirugía de reasignación de sexo y terapia de sustitución hormonal. 11.- Reconocimiento legal y adaptación en documentos oficiales del género reasignado a personas transexuales. 12.- Permitir a personas LGBT servir abiertamente en las fuerzas armadas” (Suarez, 2021, p.18).

que muchos de ellos estaban en abandono o explotados sea a raíz de desplazamientos internacionales por guerras, conflictos civiles o desastres naturales, o peor, usados en tráfico de niños y tráfico de pornografía. Es por eso que esta Convención (1993) contiene funciones generales de cooperación y la participación en la localización de niños extraviados; y los que están en riesgo inminente, para lo cual se dará una promoción de soluciones concordadas cuando ellas sean apropiadas; y así dar intercambio de información con todas las Autoridades centrales.

Visto lo anterior, no podemos dejar de lado las adopciones de estos menores que están desprotegidos y en abandono como lo menciona la Convención (1993). De esa forma, establece que se debe salvaguardar y proteger a los menores desprotegidos por medio del interés superior de niño, aunque tampoco deja de lado las adopción internacional (1993) ya que esta ayudaría mucho a darles un hogar a esto menores de edad, como ha ocurrido en nuestro país cuando se dio el derrumbe de Chavín de Huántar (Áncash) donde quedaron muchos niños abandonados y huérfanos, llegando muchas personas de otros países para adoptar a estos niños que habían quedado sin padres².

Información que hace mención los autores Vega, Villadiego & Sahagún (2020), algunos casos sirvieron para que se pueda emitir sentencia.

² Condiciones de las adopciones internacionales

ARTÍCULO 4. Las adopciones consideradas por el Convenio sólo pueden tener lugar cuando las autoridades competentes del Estado de origen:

- a) Han establecido que el niño es adoptable;
- b) Han constatado, después de haber examinado adecuadamente las posibilidades de colocación del niño en su Estado de origen, que una adopción internacional responde al interés superior del niño;
- c) Se han asegurado de que:
 1. Las personas, instituciones y autoridades cuyo consentimiento se requiera para la adopción han sido convenientemente asesoradas y debidamente informadas de las consecuencias de su consentimiento, en particular en relación al mantenimiento o ruptura, en virtud de la adopción, de los vínculos jurídicos entre el niño y su familia de origen.
 2. Tales personas, instituciones y autoridades han dado su consentimiento libremente, en la forma legalmente prevista y que este consentimiento ha sido dado o constatado por escrito.
 3. Los consentimientos no se han obtenido mediante pago o compensación de clase alguna y no han sido revocados, y
 4. El consentimiento de la madre, cuando sea exigido, se ha dado únicamente después del nacimiento del niño; y
- d) Se han asegurado, teniendo en cuenta la edad y el grado de madurez del niño, de que,
 1. Ha sido convenientemente asesorado y debidamente informado sobre las consecuencias de la adopción y de su consentimiento
 2. Se han tomado en consideración los deseos y opiniones del niño.
 3. El consentimiento del niño a la adopción, cuando sea necesario, ha sido dado libremente, en la forma legalmente prevista y que este consentimiento ha sido dado o constatado por escrito, y
 4. El consentimiento no ha sido obtenido mediante pago o compensación de clase alguna. A

ARTÍCULO 5. Las adopciones consideradas por el Convenio sólo pueden tener lugar cuando las autoridades competentes del Estado de recepción:

- a) Han constatado que los futuros padres adoptivos son adecuados y aptos para adoptar;
- b) Se han asegurado de que los futuros padres adoptivos han sido convenientemente asesorados; y
- c) Han constatado que el niño ha sido o será autorizado a entrar y residir permanentemente en dicho Estado” (s. p.).

6.1.1. *Otros tratados internacionales*

Se ha visto que la niñez ha estado muy desprotegida en muchos países por lo que se ha creado varios Convenios cada uno especializado en diferentes temas, ya sea en la trata de niños entre otros como nos menciona en su manual los autores Forero, Navarro, Padrón y Beltrán. Cito adicionalmente, el ICBF se encuentra comprometido en los siguientes convenios, pero aún, no se ha iniciado su ejecución:

- “Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores, México 1994 y aprobada por la ley 470 1998, entró en vigor para Colombia 2000. El ICBF fue designado como autoridad central para su ejecución, la cual todavía no comienza.

6.2. Derecho comparado

Con respecto al Derecho comparado, podemos verificar que muchos países vecinos han desarrollado el tema en cuestión, de tal forma que les parecen irrelevantes las cualidades de los adoptantes para tramitar una adopción homoparental. Aducen que la orientación sexual no es un criterio que la legislación deba cuestionar como algo importante, ni un condicionante para el otorgamiento de la adopción de niños, niñas y adolescente. Por tal motivo, se pasará a exponer los siguientes ejemplos relacionados.

6.2.1. *España*

En nuestra llamada madre patria, España se puede verificar cierto matiz sobre las costumbres en relación a los conceptos que tenían antes sobre el matrimonio como lo menciona Tena (2011), que en un inicio en su Código civil especificaba, en relación al matrimonio, se empleaban las expresiones hombre-mujer, padre-madre, es decir, referencias de género. No obstante, han achacado a la Ley 13/2005 en dos puntos, en este caso, el primero sobre derechos y deberes, dos realidades diferenciables (matrimonio heterosexual/matrimonio homosexual). En segundo lugar, la adopción por medio de una pareja homosexual, pero cuando están en juego los intereses de los niños (determinadas encuestas arrojan que la sociedad española, aunque no se opone al matrimonio de los homosexuales, resulta sumamente reticente al ser interrogada sobre las posibilidades de adopción de menores). Además, sucede que, efectivamente, hay en este momento en España, a consecuencia de los movimientos migratorios, otras culturas (p. 88). Actualmente en España ya se puede apreciar que se ha ampliado la adopción por españoles dando así un matiz, expresado por Vasquez (2008), para quien es relevante y controvertido el caso de la regulación legal de la adopción por parejas de hecho homosexuales y matrimonios

homosexuales en España. Hoy pueden adoptar en España, en función de sus respectivas legislaciones, las parejas de hecho homosexuales de las siguientes Comunidades Autónomas: Navarra, País Vasco, Aragón y Cataluña. También, por Ley 13/2005, de 1 de julio, esta posibilidad se ha extendido a los matrimonios homosexuales (p. 24).

6.2.1. *Brasil*

En nuestro vecino país Brasil se toma muy en serio el tema sobre la adopción por parejas del mismo sexo, ya que su legislación es muy parecida al de la legislación peruana, tal como lo expresan Delgado y Ramos da Silva (2019): hasta el 2019 aun sufrían barreras contempladas por el poder judicial, con la Ley 12.010\09 donde se niega a las parejas homosexuales el derecho a formar una familia y derechos constitucionalmente garantizados. Demostrando, en sus sentencias, la negación. Además, suprime el derecho de los adoptantes, niños, niñas y adolescentes que esperan ansiosamente una familia. Sus Leyes asumen que van en contra de los principios de convivencia familiar, dignidad de la persona humana y el interés superior del niño. Si se logró este tipo de adopciones es por los principios generales del derecho, que fue por analogía, pues estas llenan el vacío legal para este tipo de adopción. Como también carecen de legislación que regule la adopción por parejas homosexuales casadas y padres del mismo sexo. Eso trae inseguridad jurídica, ya que alienta a que se sume la regulación de la adopción homoafectiva para evitar la inseguridad, leyes e injusticias hacia aquellos que solo quieren amar y ser amados. De esa forma, Brasil no cuenta con una ley de matrimonio igualitario que haga extensivos a las parejas homosexuales los derechos personales derivados de un matrimonio, entre ellos, la posibilidad de adoptar, ni mucho menos una ley que apruebe la figura de la adopción homoparental; en este país las decisiones se han hecho a través de la vía judicial (Delgado y Ramos da Silva, 2019, pp. 240-242).

6.2.1. *Bolivia*

En varias ciudades de Bolivia es común observar la conformación de familias homoparentales, es decir, parejas del mismo sexo. Asimismo, Gutiérrez (2021) manifiesta, ya que en su sociedad existen una diversidad de familias las cuales se han ido conformando con el transcurso de los años; a pesar que su Constitución, donde resalta en su art. 14, inciso III, que el Estado garantiza a todas las personas y colectividades, sin discriminación alguna, el libre y eficaz ejercicio de los derechos establecidos en la Constitución, las leyes y los tratados internacionales sobre derechos humanos.

Pese a ello, se debe resaltar que el texto constitucional no reconoce expresamente el matrimonio civil ni la unión libre y de hecho a las personas homosexuales. Aparentemente,

el matrimonio solo puede ser ejercido como derecho entre un hombre y una mujer, a diferencia del matrimonio transexual y transgénero, la misma que es aceptada mediante Instructivo TSE-PRES-SC-015/2017 emitido por el Órgano Electoral. Es así que las leyes no favorecen a este tipo de familias homoparentales, porque no existe una normativa jurídica en cuanto a los bienes gananciales, reconocimiento de hijos, matrimonio y adopción (p. 44).

6.2.1. *Chile*

En Chile, su sistema constitucional consagra el principio de igualdad en varias de sus normas, destacando en su capítulo primero como base de la institucionalidad y en el capítulo tercero como el derecho a no ser discriminado arbitrariamente, ya sea por ley, por actos de cualquier autoridad, así como también por acciones de particulares.

Tal es así, que Szmulewicz (2012, pp. 433-449) comenta el caso Atala Riffo y niñas vs. Chile, la corte da una determinación a partir de presunciones infundadas y estereotipadas sobre la capacidad e idoneidad parental de poder garantizar y promover el bienestar y desarrollo del niño no es adecuada para garantizar el fin legítimo de proteger el interés superior del niño. La Corte considera que no son admisibles las consideraciones basadas en estereotipos por la orientación sexual, es decir, preconcepciones de los atributos conductas o características poseídas por las personas homosexuales o el impacto que estos presuntamente puedan tener en las niñas y los niños”.

La corte impone un fuerte estándar probatorio en lo que se refiere al análisis de la habilidad moral de un padre para privarle del cuidado personal del hijo, destacando que no puede basarse en meras especulaciones, ni tampoco en un supuesto temor social derivado de la falta de aceptación de las realidades de las uniones homosexuales. Por otro lado, resulta destacable de la sentencia que imponga en los jueces la necesidad de brindar una adecuada y completa explicación acerca de la manera en que el interés superior del niño se entiende condicionar la determinación del cuidado personal a favor de uno de los padres y para privarlo al otro (Szmulewicz, 2012, pp. 433- 449).

7. Tratamiento de la adopción por personas del mismo sexo en el derecho peruano

7.3. Situación actual en el Perú

En nuestra normativa existe la posibilidad de adoptar a un menor, siempre y cuando los padres adoptivos sean un hombre o una mujer, personas solteras, viuda(o)

o divorciados, además que estas personas tengan solvencia económica para que puedan brindarles una calidad de vida y vivir en un ambiente sano y saludable.

Como lo establece en su art. 3 de la Convención, incluido en el art. IX del Código de los Niños y Adolescentes Peruano, Pacheco (2017) señala que todas las autoridades e instituciones públicas y privadas, al igual que la administración de justicia en general, las encargadas de hacer posible la adopción, deben tener presente siempre el “interés superior” independientemente de los beneficios de los padres adoptantes. El Principio del Interés Superior del Niño se antepone a cualquier otro derecho o interés en controversia y debe indiscutiblemente ser el eje, la guía, el criterio rector en la toma de cualquier decisión pública o privada. Como lo hace en el art. 4 de la de la Constitución Política del Estado, donde no establece la adopción por personas del mismo sexo (p. 2).

7.3.1. Principio del Interés Superior del Niño en la normativa peruana

Es menester tomar muy en serio el problema que podrían atravesar muchos niños y niñas adolescentes en estado de abandono, por parte de sus padres biológicos, dejándolos a merced del Estado, para que en base del principio del Interés Superior del Niño, se les pueda buscar una familia, formada por un varón y una mujer, que puedan protegerlos y respetarlos como sujetos de derecho. Y para esto el Estado parte deberá tomar en cuenta muchos factores al momento de evaluar el interés superior del niño, como sería: a) la opinión del niño; b) la identidad del niño; c) la preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones; d) cuidado, protección y seguridad del niño; e) situación de vulnerabilidad; f) el derecho del niño a la salud; y g) el derecho del niño a la educación.

Reglamento de Ley N. 30466, Ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño. Y el DL. N. 1098, Ley de Organización y Funciones del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, establece, en su art. 5, incisos j) y m), la promoción y protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes.

Dado la Ley N. 30466, donde se les reconoce a los niños, niñas y adolescentes derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales y la no discriminación, el interés superior del niño, el derecho a la vida, la supervivencia y desarrollo, y el respeto de la opinión del niño en todos que le afecte, garantizando sus derechos humanos, también dado en la Constitución Política del Perú numeral 8 del art. 118, la Ley N. 29158 artículos 11 y 13, en la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, en el D.L.N. 1098). El peruano (1825).

7.3.2. Constitución Política

La Constitución Política del Perú es la Norma Fundamental donde se sientan las bases de todo nuestro ordenamiento jurídico, y por lo tanto ella es quien debe garantizar y resguardar todos los derechos fundamentales consagrados en ella, y también aquellas que no están expresados literalmente. Entre ellos, está el tratamiento igualitario ante la ley para todas las personas, así como el reconocimiento de la dignidad de cada persona. En su art. 4 consagra la protección a la familia y promoción al matrimonio formado por un hombre y una mujer. Por consiguiente, ofrece toda la protección al concebido, niño, adolescente. Nuestra Carta Magna es muy clara al decir que solo un matrimonio conformado por un hombre y una mujer pueden adoptar a un menor de edad porque goza de protección del Estado, teniendo siempre en cuenta la prioridad del interés superior del niño, denominado *welfare principie* o “bienestar del niño”. Establecidos en sus artículos, toda esa protección continúa hasta cumplir la mayoría de edad, que sería los 18 años, para convertirse en todo un ciudadano con deberes y derechos. Reafirmando nuevamente en su art. 5, del Concubinato formado por la unión estable de un varón y una mujer, donde no están reconocidas las personas que integran la Comunidad LGTBIQ+.

- **Interpretación y argumentación jurídica**

Dentro de nuestras normas jurídicas existe una doctrina constitucional por la cual se rigen las leyes peruanas, de ahí el interés y conveniencia de todo niño niña y adolescente, es así como lo reafirma Pacheco (2017), todo menor de edad goza de derechos fundamentales que van de la mano con el respeto de su dignidad como persona y no ser discriminado, lo cual tiene fuerza normativa tanto en su desarrollo e interpretación. Seguido de la guía que es el “el principio del interés superior del niño, frente a todo operador jurisdiccional para dar la aplicación más favorable (p. 5).

Para algunos juristas, el matrimonio homosexual es sinónimo de rechazo, por ende, su unión es esencialmente infecunda ya que se restringe al binomio hombre - mujer casados y, del mismo modo, la adopción homoparental es jurídicamente inasequible. De ese modo, el Código Civil vigente define al matrimonio en su art. 234 como “la unión voluntariamente concertada entre un hombre y una mujer, a fin de hacer vida común”. Igualmente, el art. 5 de nuestra Carta Magna expresa imperativamente que el matrimonio es “la unión estable de un varón y una mujer”. La presente investigación asume concluyentemente la postura jurídica en contra de la figura de adopción homoparental, basándose en la propia Constitución Política del Perú que menciona que todo niño tiene derecho a un nombre y a una familia.

7.3.3. Código Civil

En nuestra legislación peruana se enfatiza las formas de poder adoptar, quiénes pueden hacerlo y qué requisitos son necesarios para la adopción. Como señala el art. 377 C.C., donde desarrolla la manera que el adoptado formará parte de la nueva familia como hijo biológico y donde el adoptado ya no tendría ningún vínculo con la familia consanguínea ya que se extingue el parentesco, todo lo cual se dará cuando el adoptante exprese sus deseos de adoptar al menor de edad, puesto que es un acto jurídico sui generis por su valor a la autonomía de la voluntad. Por otro lado, el art. 380 C.C., expresa que la adopción de un niño, niña y adolescente es irrevocable, ya que se constituye en la institución de la Legitimación Adoptiva, donde se generará un vínculo “semejante” a la filiación, y por lo tanto es imprescindible establecer la irrevocabilidad, por ello no hay forma de ser revertido, dado que el adoptante expresó desde un inicio su consentimiento en querer adoptar, proteger y brindar una vida digna al adoptado, tal como lo manifiesta Salazar (2004, p. 240).

7.3.4. Código del Niño y Adolescente

Es un dispositivo legal que da como priorización el Interés Superior del Niño garantizado en el ordenamiento jurídico peruano, específicamente en el Código del Niño y el adolescente, promulgado el 24 de diciembre de 1992 con Ley N. 27337. Dicha ley proporciona de manera explícita e imperativa las medidas de protección al niño o adolescente, toda vez que este se encuentre en estado de abandono y sean vulnerados sus derechos fundamentales, como versa su art. 248 del Código del Niño y el Adolescente, quedando así ante la protección del Estado encargado de velar que estos niños puedan ser adoptados, dicho de otra manera, en etapa post-adoptiva. Asimismo, estrictamente permite una adopción heteroparental y monoparental, mas no una adopción homoparental. Es por eso que toda vez que se tome decisiones deben estar siempre dirigidas a garantizar el Interés Superior del Niño (en adelante, también ISN).

Asimismo, Lora (2006, pp. 479- 488), concluyó que el ISN debe tener una previa valorización dependiendo de los casos que surjan en la actualidad, toda vez que esto comprenderá un conjunto de derechos fundamentales avocados al libre desarrollo del menor. El ISN está vinculado con necesidades psicológicas, educativas, sociales, jurídicas, medioambientales y de recursos del niño y para el niño. Estas necesidades son derechos incorporados en los “Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos” y en la Constitución Nacional, además de las legislaciones nacionales.

De modo similar que el Código Civil, igualmente el Código de los Niños y Adolescentes y la convención custodian los derechos fundamentales y el respeto de su dignidad sin discriminación alguna, frente a sus intereses presentes y futuros del niño, niña y adolescente. Como versa en el art. 115 Código de los Niños y Adolescentes, el tema de adopción de niños o adolescentes refiere una medida de protección, donde el adoptado llega a formar parte de la familia del adoptante como hijo biológico.

7.4. Argumentos a favor de permitir en nuestra legislación la adopción por parejas del mismo sexo

En esta disyuntiva, antes de tocar el tema de adopción por parejas del mismo sexo debemos revisar lo que objeta nuestra legislación sobre el matrimonio entre pareja del mismo sexo. En relación a ello, actualmente varios legisladores han propuesto diversos proyectos de ley para la aprobación del matrimonio igualitario, y ante la negativa, presentaron otra opción legal “llamada unión civil”, que tampoco ha sido aprobada. Nuevamente optaron por una nueva figura la de cambiar la definición de la unión civil a “institución constituida personas del mismo sexo, denominados convivientes civiles” para que se reconozca en la legislación peruana, obteniendo la negación de su pedido.

La argumentación de las personas que conforman el grupo LGTBIQ+ es que todo eso les resulta discriminatorio a las parejas homosexuales, vulnerando su dignidad y derecho de asociación, obligándolos a delimitar el régimen patrimonial solo para las parejas heterosexuales, deja sin protección a las parejas conformadas por parejas del mismo sexo, violándole el derecho a la protección, a la dignidad humana y derecho de asociación (Díaz y Rodríguez, 2013, p. 20). Por ello, este grupo está considerado como población vulnerable por encontrarse bajo la lupa de la sociedad.

Se requiere variada información para hacer un análisis sobre el tema en mención. Por consiguiente, se generó una encuesta y entrevista a una activista del grupo LGTBIQ+, indicando que es LESBIANA y convive con una pareja. A continuación, presentamos las afirmaciones de la encuestada:

a) ¿Usted cree que se debe permitir en nuestra legislación, la adopción por parejas del mismo sexo?

Resp. Sí, se debe permitir la adopción por parejas del mismo sexo, sino estaría en contra de los deseos de tener un hijo y no poder brindarle los beneficios del Estado, solo porque la Constitución Política del Perú no lo permite. Muchas personas tienen sus hijos biológicos en el limbo, al no ser reconocidos ante la ley, a mi parecer la ley está desfasada al contexto actual.

Desde el punto legal hay indicadores que los de la comunidad LGTBIQ+ no serían aptos, pero si seguimos los estándares de adopción que se realizan con las personas heterosexuales... ¿Por qué no podríamos acceder?... Y ahí comienza otra disyuntiva: “los homosexuales son diferentes a los heterosexuales” Que nuestras orientaciones sean diferentes no nos hacen de otro mundo. Según la Ley 26497, art. 2 (RENIEC), sobre la Ley Orgánica del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, además de los derechos fundamentales de la persona como el derecho a la identidad (Constitución Política del Perú) y ahí se basa que en sí tanto heterosexuales y homosexuales somos “INDIVIDUALES”. Entonces, si cada uno es individual y tenemos el deseo ser padres, por qué limitar en vez de irnos a una INCLUSIÓN. Nosotros tenemos el derecho de una familia, brindar y crear un hogar, pero también siguiendo los parámetros que imparten en una adopción heterosexual.

b) ¿Qué tienen las personas que integran el grupo de LGTBIQ+ que no tenga las personas heterosexuales?

Resp. Conciencia en cuanto a querer un hijo, hay que tener planificación y estabilidad tanto psicológica, emocional y económica.

Las personas LGTBIQ+ se ven limitadas en la parte biológica pero el anhelo de brindar los mismos intereses en que se basa el Estado, es algo que nos podrían diferenciar del resto. Nosotros realizamos una planificación familiar consciente de nuestras limitaciones, buscamos las herramientas como fecundación *in vitro* y ese anhelo nos llevan a mejorar para que esta lucha de igualdad nos brinde la oportunidad de entregar una mejor opción a un niño que no la tuvo.

c) ¿El interés superior del niño dejaría de ser considerado en caso se acepte en nuestra legislación la adopción por personas del mismo sexo?

Resp. Considero que el interés superior del niño debería estar actualizado para que así esté ligado a los nuevos parámetros de adopción, sin sabotear en lo que se basa según el Estado. Además, si nos basamos en el interés superior del niño, lo que se busca es su protección, para brindarle oportunidades y beneficios para que se desarrolle física, mental, espiritual y social de forma estable. Entonces... ¿por qué solo ustedes se basan en orientaciones sexuales?

La adopción conlleva que se haga la documentación necesaria para que el niño sea reconocido ante el Estado y pueda gozar de todos los beneficios de ser peruano. No debe afectar al interés superior del niño, ya que es un derecho fundamental de todo menor de edad.

7.5. Argumentos en contra de permitir en nuestra legislación la adopción por parejas del mismo sexo

El primordial argumento que se esboza en contra de la adopción de menores por parte de parejas del mismo sexo es que estas personas carecen de idoneidad moral, por su orientación sexual. En el medio psicológico, todo niño para crecer sano necesita de sus padres (mamá y papá) por su amor y cuidados, y como su modelo familiar correcto de quien aprender. Son las razones por lo que no es idónea la adopción homoparental de acuerdo con el interés superior de los niños, pues son importantes en toda adopción y están por encima de los deseos o intereses del adoptante.

Acto seguido hay muchos caso a tratar empezando con lo señalado por Ballesteros y Rodríguez (2013), recogiendo lo dicho por el psiquiatra español Enrique Rojas, para quien la adopción de niños por parejas homosexuales no es buena porque se asemeja un procedimiento médico, donde se pide el consentimiento informado del paciente para administrar algún medicamento o procedimiento con efectos secundarios. Aquí el niño no está en capacidad de dar un “consentimiento informado” si desea o no pertenecer una familia heterosexual u homosexual. Por ende, se toma a las parejas homosexuales como laboratorio psicológico donde toman al menor de edad como un experimento sin saber el resultado.

Otro argumento que proyecta el psicólogo es que cuando un niño se desarrolla entre parejas del mismo sexo es más fácil que tenga tendencias homosexuales en el futuro. Aquí el niño pierde información por la falta de la imagen del padre o de la madre, pues se sabe que el niño construye su personalidad a partir de sus padres, a esto se le llama modelo de identidad (Giménez, 2004).

Los argumentos del prestigioso psiquiatra Enrique Rojas contra las adopciones homosexuales. Forumlibertas www.forumlibertas.com/fronted/forumlibertas/noticia.php?id_noticia=832). Se realizaron estudios a niños de diferentes edades con parejas del mismo sexo y parejas homosexuales, se concluyó que el entorno óptimo para que este crezca es el de una pareja heterosexual, por otro lado se evidencio que las parejas homosexuales no son idóneas para adoptar un niño, por sus factores de riesgos de inestabilidad emocional, problemas psicológicos y consumo de drogas, como también a estudios realizados a los niños que se desarrollaron en hogares de parejas gay, demostraron las peores conductas en diferentes campos y sociabilidad (De Irala y Del Burgo, 2006).

Los estudios de adopción de parejas homosexuales: mitos y falacias. Cuadernos de Bioética. Español.free-ebooks.net). Finalmente, un caso conocido, vimos como una pareja homosexual que consiguió la adopción de un niño ruso hacia 8 años, y desde los 2 años

había sido violado y grabado, y habían sido compartidas en una red de pornografía, los abusadores hicieron creer al niño que esto era algo normal, enseñándole como responder en caso de que le preguntaran (Pareja homosexual violó, 2013).

En el caso de un niño español, adoptado por una pareja gay, uno de sus padres adoptivos lo violaba. El niño manifestó siempre los abusos cometidos a él, pero en respuesta fue diagnosticado como niño rebelde y le prescribieron fármacos para la psicosis. Por último fue escuchado y demostró que había sido abusado por su padre (Pareja gay abusó sexualmente, 2013).

Como estos hay muchos otros casos de abuso por los padres con tendencias homosexuales que han recibido en adopción a menores. No todas las personas homosexuales tienen esa condición, algunos fueron abusados, consecuentemente un niño abusado va a ser un adulto abusador por lo que es importante romper la cadena y no permitir que más niños sigan siendo objeto de abuso por ninguna persona (Ballesteros y Rodríguez, 2013, pp. 49-51).

Dentro de nuestra legislación, como hemos explicado líneas arriba, el Código Civil es tajante con referente al tema de adopción de niños, niñas y adolescentes que se encuentren en estado de abandono por parte de sus padres biológicos, por diversos motivos como haberse arrepentido del embarazo, haber enviudado de repente, no poder con la responsabilidad de criar a un bebe sola(o), tal vez se embarazaron de hombres casados, no quisieron ser padre soltero(a) y por ultimo las embarazadas podrían haber sido menores de edad que aún no terminan el colegio y sus padres desconocen su embarazo, por lo que optaron abandonarlos y darlos en adopción. Con esta certeza, el Estado asume la responsabilidad de estos menores de edad para que sean dados en adopción. El Código Civil exige en los requisitos para las adopciones, teniendo siempre como guía el principio del interés superior del niño, quiénes podrían adoptar y bajo qué condiciones de calificación, que la pareja sea idónea moralmente, psicológicamente, emocionalmente y con solvencia económica y solo a las parejas que estén bajo un matrimonio conformado por un hombre y una mujer, al igual personas que enviudaron o padres solteros y así formar una familia nuclear como también una familia monoparental, siempre que vaya acorde con el Código del Niño y adolescente.

Cabe mencionar que la máxima Ley es la Constitución Política del Perú, donde es muy específica y tajante en sus artículos al ser muy implícitos en la formación de una familia, la cual debe estar conformada solo por un varón y una mujer, y no por personas del mismo sexo, como también en la unión de hecho, ya que la Carta Magna fomenta el matrimonio y la protección de la familia en sí, por más cambios que hayan ocurrido en

el tipo de familias. Siempre está vigente su formación y no existe en nuestra normativa y en nuestra legislación el consentimiento de un matrimonio por personas del mismo sexo y menos la adopción homoparental. Por más que estas personas pertenezcan a un grupo vulnerable como el grupo de LGTBIQ+, en definitiva, nuestras leyes peruanas no aceptan este tipo de adopciones, estando muy lejos del tema que ellos sean discriminados o se trate de homofobia.

7.6. Postura personal

En primer lugar, empezamos por el matrimonio, donde la familia está reconocida por la Constitución Política del Perú y el Código Civil, los cuales establecen que un hombre y una mujer conforman la familia. Por tal motivo, son la base de la sociedad. En este seno familiar, los padres darán al menor todo lo necesario para que crezca con buena salud, tanto emocional como espiritual y cultural, y que este se desarrolle ante la sociedad. Asimismo, los padres adoptivos también le harán valer sus derechos para que pueda tener una vida digna, respetando su dignidad y se desarrolle ante la sociedad, brindándoles su cariño, protegiéndolos ante todos. De igual forma, podrán ofrecerle su cultura y la de sus generaciones. Todo ese cuidado por parte de los padres adoptivos hacia el adoptado será hasta obtener la mayoría de edad, como un ciudadano, con derechos y obligaciones. En suma, para que en un futuro esta persona también forme su propia familia y forme parte de nuestra sociedad.

En segundo lugar, señalamos que en muchos países son aceptables los matrimonios entre parejas del mismo sexo, dándoles la opción a que en un futuro puedan adoptar. Incluso algunos países ya modificaron sus leyes, así como otras están en marcha para lograr la plena institucionalización jurídica de las uniones homosexuales y poder hacerlo libremente.

Por otro lado, en el Perú, a la hora de hablar de adopción, es todo un proceso según la Ley, ya que la guía máxima es el principio de interés superior del niño, lo primero es el bienestar del menor. Es así que el Estado hace todo lo posible por que los niños, niñas y adolescentes que son adoptados, estén bien cuidados y sean tratados como sujetos de derecho, y no solo a modo de un gusto de los adoptantes, ya que estos dos tienen una relación jurídica. En consecuencia, todas las parejas son calificadas si son idóneas, con el fin de hacer que los menores sean capaces de formar parte de un seno familiar, donde puedan recibir una vida digna llena de cariño, respeto y buenas costumbres, cuando es efectiva la adopción. El Estado está en constante supervisión periódicamente, pero cuando se habla de adopción homoparental, automáticamente es denegada. Nuestras Leyes son claras y estrictas en nuestro país, donde no está permitido este tipo de adopciones

homoparental. Por tanto, nuestra legislación no la reconoce por más proyectos que se hayan presentado, pese a que los países vecinos sí lo han reconocido.

Finalmente, encontramos un amplio debate, puesto que algunos están a favor y otros en contra. Por otro lado, se tomó en cuenta a Mc Lean (2010, pp. 533-537) quien hace referencia a estudios tomados del mundo académico anglosajón, en particular de los trabajos de Rekers (2005) profesor de Neuropsiquiatría de la Escuela de Medicina de la Universidad de Carolina del Sur, el cual cita más de 270 estudios científicos y otros como el Byrd (2005) o el de Golombok y Tasker (1996). Donde hace participe la ciencia como: la medicina, psicología, pedagogía, y la sociología donde todas concuerdan, que, al tener un ambiente estable y adecuado, los niños, niñas y adolescentes tiene más estabilidad psico-emocional al lado de las parejas heterosexual, lo cual no es factible al lado de las parejas del mismo sexo. Cabe agregar los aportes de Gonzales (2012, pp. 288-289). Sin dejar de lado las consecuencias a futuro que podrían generar a estos menores si llegase a efectuarse una adopción homoparental. Cuando los niños son pequeños no existen muchos problemas, ya que al ser de corta edad no se dan cuenta de su entorno, por su inocencia y sus ganas de jugar como todo niño pequeño. A medida que ellos van creciendo y van desarrollándose, van dándose cuenta de todo y saben lo que está bien y lo que está mal.

Por si no fuera cierto, no todos los niños reaccionan igual, algunos son más sensibles que otros. Se realizaron estudios a un grupos de niños que fueron adoptados por parejas del mismo sexo, donde se arrojó que un porcentaje de ellos sufren de estrés, otros son tímidos, o retraídos y tienen pensamientos depresivos. Además, al ver a sus demás compañeros que tienen un papá y una mamá y no los padres que él tiene, aquí es cuando se sienten desafortunados. Luego empieza la edad escolar y muchos de ellos son víctimas de *bullying*. Por consiguiente, estos menores ya padecen sufrimiento por haber sido abandonados por sus progenitores y seria mucho peor que la pareja que los adopten se separen, dándoles un sufrimiento mayor. Pensarían que nadie los quiere o nadie necesita de ellos, con lo que bajaría su autoestima.

8. Conclusiones

En primer lugar, nuestra investigación ha sido hecha de forma muy delicada e importante porque implica toda la vida de un niño, niña y adolescente, teniendo en cuenta en primer lugar su sufrimiento por haber sido puesto en estado de abandono por sus padres biológicos, sumándole lo dulce de su inocencia y vulnerabilidad. Es por eso que se ha investigado de ambos lados, tanto de los que están en contra como los que están a favor, tomando a consideración las consecuencias de las experiencias de otros menores

de edad que fueron adoptados por parejas del mismo sexo. Nuestro aporte no pretende crear ningún tipo de discriminación hacia las personas que pertenecen al grupo LGTBIQ+ o que proyectemos la homofobia. El interés de la investigación es totalmente jurídico y legal, por lo cual se intenta prevalecer como guía máxima y principal el principio del interés superior del niño, ante cualquier tipo de adopción, ya sea adopción heterosexual o adopción homoparental.

Es por tal motivo que los órganos jurisdiccionales de nuestro país, en recientes fallos, han sido contrarios, puesto que la adopción de menores de edad por parejas homosexuales ha generado muchas polémicas como ocurrió con otros países vecinos que ya aceptaron en sus legislaciones este tipo de adopciones homoparentales. Debido a eso, surgieron muchas voces opinando sobre el tema, por una parte, los que se encuentran a favor, quienes sustentan que lo primordial es que el menor crezca dentro de una familia, ya que muchos de ellos están en orfandad o son de familias donde existe el maltrato infantil y abandono, sin importar su composición, alegando que la situación no afectará su desarrollo; y por otro lado, los que no se encuentran a favor, como la Iglesia Católica, grupos moralistas y conservadores, los cuales sostienen que las normas jurídicas no se pueden utilizar a favor de un solo grupo ni de forma distorsionada como pretexto para insertar una normativa a favor de un grupo, la Ley es para todos y es muy clara y concisa.

Finalmente, por todo lo ya expuesto, podemos reafirmar nuestra posición: no se debería permitir en nuestra legislación la adopción por personas del mismo sexo. Firmemente el Perú tiene sus bases muy bien cimentadas donde se muestra leal a la lucha por la preservación y protección de la familia como ordena la Constitución Política. Siempre pensando en el bienestar del adoptado, escuchándolo, valorándolo como sujeto de derecho, haciendo valer sus derechos fundamentales y respetando su dignidad. Por consiguiente, la legislación peruana y la Constitución Política del Perú deniegan la adopción homoparental dejando de lado las ideas de discriminación, así como una posición homofóbica.

Recomendaciones

Viendo todo, el órgano máximo encargado es el Tribunal Constitucional, el cual está llamado a velar por la infancia desamparada que existe en nuestro país, haciendo prevalecer nuestra Carta Magna y teniendo en cuenta como una guía primordial el principio superior del niño, y no dejar a estos niños, niñas y adolescentes a que queden en la desatención material y jurídica. Asimismo, debe hacer valer todos sus derechos como sujeto de derecho, sus derechos fundamentales y respetar su dignidad como persona.

Otro elemento, es que viendo cómo se desnaturaliza la formación de la familia y el matrimonio, el Poder Ejecutivo debería hacer proyectos para la creación de un Ministerio de la familia, la misma que abarque una noción legal y constitucional para hacer valer, respetar y proteger a todas las personas que la componen.

Referencias

- Anchondo, V. (2015). *Métodos de interpretación jurídica*. Chihuahua. <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:iCPnVLeC3AkJ:https://biblat.unam.mx/hevila/Quidiuris/2012/vol16/3.pdf&cd=14&hl=es-419&ct=clnk&gl=pe>
- Arenas, R. y Reyes, J. (2019). El derecho a la adopción por parejas homosexuales. *Dilemas contemporáneos: educación, política y valores*, 7(1), 1-29. <https://dilemascontemporaneoseduccionpoliticayvalores.com/index.php/dilemas/article/view/1685/1377>
- Arrieta, I. (2016). *Matrimonio homosexual y adopción homoparental* [Tesis de pregrado, Universidad de Piura]. *Pirhua*. https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/2486/DER_060.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Austral, U. (2010). Informe Matrimonio homosexual y adopción por parejas del mismo sexo. Buenos Aires. <https://docplayer.es/2483320-Matrimonio-homosexual-y-adopcion-por-parejas-del-mismo-sexo.html>
- Barros, J. (2022). *La adopción Homoparental en Ecuador como institución Jurídica, sus retos, marco legal y protección de los derechos*. Editorial Books del Ecuador.
- Bécar, E. (2020). El principio de interés superior: origen, significado y principales manifestaciones en el derecho internacional y en el derecho interno. *Actualidad Jurídica*, (42), 527-580. <https://derecho.udd.cl/actualidad-juridica/files/2021/01/AJ42-P527.pdf>
- Bolaños, T. y Ariel, C. (2018, junio). Prejuicios y homosexualidad, el largo camino hacia la adopción homoparental. Especial atención al caso colombiano. *Estudios constitucionales*, 16(1). https://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-52002018000100395&script=sci_arttext&lng=pt
- Ceballos, M. (2014). Identidad homosexual y contexto familiar heteroparental: implicaciones educativas para la subversión social. *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, 12(2), 1-22. http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1692-715X2014000200010

- Chaparro, L. y Guzmán Muñoz, Y. (2017, julio). Adopción homoparental: Estudio de derecho comparado a partir de las perspectivas de los países latinoamericanos que la han aprobado. *Revista CES Derecho-rev.ces derecho*, 8(2). http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2145-77192017000200005
- Coca, S. (2020, 16 de noviembre). La persona como sujeto de derecho (artículo 1 del Código Civil). *Pasión por el Derecho*. <https://lpderecho.pe/persona-sujeto-derecho-derecho-civil/>
- Coca, S. (2021, 4 de junio). La adopción: definición, requisitos, trámite, cese. *Pasión por el Derecho*. <https://lpderecho.pe/adopcion-codigo-civil/>
- Corral, H. (2002). Adopción y Filiación Adoptiva. *Revista Chilena de Derecho*, 29(1), 196-199. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2650345>
- Dale O', L. (2004). Factores de riesgo de la adopción en parejas del mismo sexo. *Bio. etica/web*. <https://www.bioeticaweb.com/factores-de-riesgo-de-la-adopcion-en-parejas-del-mismo-sexo/>
- De las Casas, O. (2014). Corrección del concepto de unidad migratoria familiar en el procedimiento de llamado de familia en el Perú (a propósito de los matrimonios entre personas del mismo sexo). *THEMIS-Revista de Derecho*, (65), 173-186. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/10865/11371>
- Delgado, M., y Ramos da Silva, D. (2019, junio). Adopción por personas del mismo sexo: El derecho de adopción por parejas del mismo sexo basado en Principios. *Derecho y Cambio Social*, 1-245. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6967916>
- Díaz, J. (2017). Adopción homoparental un desafío entre la heteronormatividad y la lucha por la igualdad. *Derecho y Cambio Social*, 1-19. https://www.researchgate.net/profile/Juliana-Diaz-10/publication/340511402_ADOPCION_HOMOPARENTAL_UN_DESAFIO_ENTRE_LA_HETERONORMATIVIDAD_Y_LA_LUCHA_POR_LA_IGUALDAD/links/5e8df145299bf13079860655/ADOPCION-HOMOPARENTAL-UN-DESAFIO-ENTRE-LA-HETERONORMATIVIDAD-
- Díaz Ballesteros, R. y Rodríguez, C. (2013). *Adopción por parejas del mismo sexo* [Monografía de grado, Pontificia Universidad Javeriana]. *Repositorio Institucional Javeriano*. <https://repository.javeriana.edu.co/bitstream/handle/10554/15351/DiazBallesterosRonald2013.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

- Escobar, J. (2008). Familia, niñez y adopciones internacionales: reflexiones desde el trabajo social en el contexto peruano. *Revista Perspectivas*, (19), 197-216. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8229474>
- Fernández, J. y Tobío, C. (1997). Las familias monoparentales en España. *REIS*, 1-52.
- Fontana, M., Martínez, P. y Romeu, P. (2005). *No es igual*. Informe sobre el desarrollo infantil en parejas del mismo sexo.. http://es.catholic.net/catholic_db/archivosWord_db/informe_noesimal.pdf
- Forero, E., Navarro, M., Padrón, M. y Beltrán, M. (s. f.). Manual para la ejecución de tratados y convenios internacionales en materia de niñez y de familia, y el manejo de los trámites consulares para la restitución internacional de derechos de la niñez. *Tratados y convenios internacionales en materia de niñez y de familia*.. https://www.icbf.gov.co/sites/default/files/manual_para_la_ejecucionytratados_sep172009.pdf
- García, F. (2005). La adopción homoparental. *Revista Iberoamericana de Diagnóstico y Evaluación*, 1(19), 147-170. <https://www.redalyc.org/pdf/4596/459645450009.pdf>
- Gonzales, H. (2019). *Distintos tipos de familia, distintos tipos de rendimiento académico* [Universidad de la Laguna]. Repositorio Institucional de la Universidad de La Laguna. <https://riull.ull.es/xmlui/bitstream/handle/915/15721/Distintos%20tipos%20de%20familia%2c%20distintos%20tipos%20de%20rendimiento%20academico..pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Gonzales, M. (2012). Derecho del adoptado al conocimiento de sus orígenes biológicos: ¿cuáles son sus límites? *Revista de Derecho*, 21, 1-337. [https://books.google.es/books?id=fwPdBAAAQBAJ&lpg=PA81&ots=WxGFDGo0in&dq=La%20verdad%20biol%C3%B3gica%20en%20la%20determinaci%C3%B3n%20de%20la%20filiaci%C3%B3n&hl=es&pg=PA117#v=onepage&q=La%20verdad%20biol%C3%B3gica%20en%20la%20determinaci%C3%B3n%20de%](https://books.google.es/books?id=fwPdBAAAQBAJ&lpg=PA81&ots=WxGFDGo0in&dq=La%20verdad%20biol%C3%B3gica%20en%20la%20determinaci%C3%B3n%20de%20la%20filiaci%C3%B3n&hl=es&pg=PA117#v=onepage&q=La%20verdad%20biol%C3%B3gica%20en%20la%20determinaci%C3%B3n%20de%20)
- González, M. (2015). *La verdad biológica en la determinación de la filiación*. Dykinson. doi: 9788490318393, 8490318395
- Guamán, K., Hernández, E. y Yuqui, C. (2021, septiembre). La investigación jurídica: objeto, paradigma, método, alcance y tipos. *Revista Conrado*, 17(S2), 169-178. <https://conrado.ucf.edu.cu/index.php/conrado/article/view/2006/1964>
- Gutiérrez, M. (2021). *La necesidad de implementar el matrimonio civil igualitario en la legislación boliviana, para prevenir actos de discriminación a la población LGTBI* [Trabajo de licenciatura, Universidad Mayor de San Andrés].

- Repositorio Institucional de la Universidad Mayor de San Andrés. <https://repositorio.umsa.bo/xmlui/bitstream/handle/123456789/29554/TD-5721.pdf?sequence=3&isAllowed=y>
- Guzman, T., Ortiz, L., Puga, M., Flores, A. y Leos, E. (2011). *Adopción entre homosexuales*. Centro Universitario de Los Altos. Universidad de Guadalajara. <http://repositorio.cualtos.udg.mx:8080/jspui/handle/123456789/509>
- Jimenez, F. (2003). Reflexiones sobre adopción y homosexualidad. *Foro Jurídico*, (02), 123-137. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/18291/18537>
- Jokin, I. y López, B. (1989). Estudios científicos que demuestran que la adopción por pareja heterosexual resulta más favorable que por parejas del mismo sexo. *Cuadernos de Bioética*, 17(3), 377-389. <https://www.redalyc.org/pdf/875/87506106.pdf>
- Kabariti, H. (2021). *La adopción por parte de parejas del mismo sexo frente al sistema colombiano* [Trabajo de grado, Universidad Pontificia Bolivariana Medellín]. Repositorio Institucional de la Universidad Pontificia Bolivariana. https://repository.upb.edu.co/bitstream/handle/20.500.11912/8959/Adopci%e3%b3n_parejas_%20mismo_sexo.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Lora, L. N. (2006). Discurso jurídico sobre el interés superior del niño. En *Avances de Investigación en Derecho y Ciencias Sociales, X Jornadas de Investigadores y Becarios* (pp. 479-488). Ediciones Suárez. <http://www.derecho.uba.ar/investigacion/investigadores/publicaciones/lora-discrurso-juridico-sobre-el-interes-superior-del-nino.pdf>
- Manzur, D. (2008). *Adopción de niños por personas homosexuales: ¿pertinentemente viable?* [Tesis de licenciatura, Universidad de Chile]. Repositorio Académico de la Universidad de Chile. https://repositorio.uchile.cl/tesis/uchile/2008/de-manzur_d/pdfAmont/de-manzur_d.pdf
- Mc Lean, L. (2010). *Matrimonio homosexual y adopción por parejas del mismo sexo*. Comunicación en sesión privada. Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas. <https://www.ancmvp.org.ar/user/files/14-McLean.pdf>
- Méndez, Y. (2020). Tipos de familia de origen de un grupo de transexuales peruanos. *EDUCIENCIA*, 5(1), 68-77. <https://doi.org/10.29059/educiencia.v5i1.190>
- Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables. (2007). La adopción y el derecho de niñas y adolescentes a vivir en familia. *Cuadernos sobre Poblaciones Vulnerables*, (3). https://www.mimp.gob.pe/files/mimp/especializados/boletines_dvmpv/cuaderno_3_dvmpv.pdf

- Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables. (s. f.). *Portal de transparencia*. <https://www.mimp.gob.pe/homemimp/direcciones/adopciones/que-es-adopcion.php>
- Moliner, R. (2012). *Adopción, familia y derecho*. *Iuris Tantum Revista Boliviana de Derecho*, 14. http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2070-81572012000200007
- Mosquera Rodríguez, A. S. (2015). *Familia y adopción: Problemática jurídica en relación con el concepto de familia frente a las parejas de personas del mismo sexo en Colombia* [Tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar]. <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/4739/1/T1758-MDE-Mosquera-Familia.pdf>
- Naciones Unidas. (1959). *Declaración de los Derechos del Niño*. <https://www.oas.org/dil/esp/Declaraci%C3%B3n%20de%20los%20Derechos%20del%20Ni%C3%B1o%20Republica%20Dominicana.pdf>
- Organización de Estados Americanos. (1959). *Declaración de los Derechos del Niño*. <https://www.oas.org/dil/esp/Declaraci%C3%B3n%20de%20los%20Derechos%20del%20Ni%C3%B1o%20Republica%20Dominicana.pdf>
- Organización de Estados Americanos. (1969). *Convención Americana sobre Derechos humanos (Pacto de San José)*. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/17229a.pdf>
- Organización de Estados Americanos. (1993, 29 de mayo). *Convención de La Haya sobre la Protección de Menores y la Cooperación en Materia de Adopción Internacional*. https://www.oas.org/dil/esp/Convencion_de_la_Haya_sobre_la_Proteccion_de_Menores_Cooperacion_Materia_de_Adopcion.pdf
- Organización de Estados Americanos. (1993, 29 de mayo). *Convenio Relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional*. https://www.oas.org/dil/esp/Convenio_Haya_Proteccion_del_Nino_Cooperacion_en_Materia_Adopcion_Internacional_Espana.pdf
- Organización de Estados Americanos. (1993, 29 de mayo). *Los Convenios de La Haya sobre los Niños Protección para los Niños a través de las Fronteras Multinacionales*. http://www.iin.oea.org/sim/pdf/LOS_CONVENIOS_DE_LA_HAYA_SOBRE_LOS_NI%C3%91OS_s_%20mem.pdf
- Pacheco, L. (2017). La jurisprudencia constitucional peruana en torno al interés superior del niño. En S. Sanz (Dir.), *El interés superior del niño en la jurisprudencia internacional, comparada y española* (pp. 151-170). Aranzadi. Pirhua. https://pirhua.udel.edu.pe/bitstream/handle/11042/3872/Jurisprudencia_constitucional_peruana_torno_Interes_Superior_del_Ni%C3%25B1o.pdf?sequence=1&isAllowed=y

- Pareja gay abusó sexualmente de su hijo Ñanduti. (2013, 15 de mayo). Ñanduti. www.nanduti.compy/v1/noticias-masphp?id=70566
- Pareja homosexual violó y grabó a su hijo adoptivo. (2013, 01 de julio). *Trome*. <https://archivo.trome.pe/actualidad/pareja-homosexual-violo-grabo-su-hijo-1598139>
- Plácido, A. (s. f.). El modelo de familia garantizado en la en la Constitución de 1993. *Derecho PUCP*, (71), 77-108. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201302.004>
- Presidencia de la República. (2018, 30 e mayo). Decreto Supremo N. 002-2018-MIMP. *El Peruano*. <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/aprueban-reglamento-de-la-ley-n-30466-ley-que-establece-pa-decreto-supremo-n-002-2018-mimp-1654825-3/>
- Real Academia Española. (2022). Familia. *Diccionario de la lengua española* (23.^a ed.). <https://dle.rae.es/familia>
- Rengifo, L. (2017). La adopción homoparental en Colombia: consideraciones conceptuales y jurisprudenciales. *Inciso*, 19(2), 1-16. <https://repository.ugc.edu.co/bitstream/handle/11396/2319/76.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Rios, A. (1997). La protección de la familia en la Unión Europea. *Cuadernos de Trabajo Social*, (10), pp. 19 - 66. <https://core.ac.uk/download/pdf/38812996.pdf>
- Robinson, P. (2015). Informe de investigación 98/2014-2015. Procedimientos de adopción en el Perú. [https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/FC179B27D9C551210525807B005F980C/\\$FILE/235_INFINVES98_2014_2015_procedimiento_adopci%C3%B3n.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/FC179B27D9C551210525807B005F980C/$FILE/235_INFINVES98_2014_2015_procedimiento_adopci%C3%B3n.pdf)
- Salazar, G. (2004). La naturaleza jurídica de la adopción y reflexiones acerca de su irrevocabilidad: Una visión desde los derechos humanos específicos del niño. *Foro Jurídico*, (3), 234-243. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/18359>
- Silverio, P. (2015). Unión civil, matrimonio igualitario e identidad de género: la obligación de reconocimiento y tu-tela de la diversidad sexual en el Derecho peruano. *Foro Jurídico*, (14), 100-111. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/13754/14378>
- Suarez, M. (2021). *La unión civil entre personas del mismo sexo y argumentos determinantes para su no legislación en el Perú, 2021* [Tesis de grado, Universidad Particular de Chiclayo]. http://190.223.55.253/bitstream/UDCH/1807/1/T044_47546982_T.pdf
- Szmulewicz Ramírez, E. (2012). Igualdad, orientación sexual y juicio estricto de proporcionalidad. Comentario a la sentencia de la Corte Interamericana

- de Derechos Humanos en el caso Atala Riffo y niñas vs. Chile, de 24 de febrero de 2012. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, 19(1), 433-449. https://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-97532012000100014&script=sci_arttext&tlng=en
- Tena, I. (2011). La nueva familia y el nuevo derecho de familia español. *Nuevo Derecho*, 7(9), 79-89. <http://bibliotecadigital.iue.edu.co/bitstream/20.500.12717/2140/1/587-Texto%20del%20art%0c3%adculo-4782-1-10-20200911.pdf>
- Torres, A. (2017). Las 7 diferencias entre liberales y conservadores. *Psicología social y relaciones personales*. <https://psicologiymente.com/social/diferencias-liberales-conservadores>
- Vasquez, L. (2008). *La adopción de menores: Retos y necesidades*. Asociación Andaluza de Ayuda a la Adopción y a la Infancia. https://www.observatoriodelainfancia.es/ficherosoia/documentos/4643_d_libro_adopcion.pdf
- Vega, A., Villadiego, L. y Sahagún, M. (2020). Percepción acerca de la adopción entre parejas del mismo sexo en el sector LGBTI de Sincelejo, Colombia. *Eleuthera*, 22(1), 69-87. <https://revistasojs.ucaldas.edu.co/index.php/eleuthera/article/view/122>
- Ynga Quino, M. E. (2019). *La adopción homoparental y el principio del interés superior de los niños en el Perú* [Trabajo de investigación, Universidad San Ignacio de Loyola]. Repositorio de la Universidad San Ignacio de Loyola. <https://repositorio.usil.edu.pe/server/api/core/bitstreams/4fa39b67-1cfd-4897-8a7e-51a5f9a382d5/content>

Anexos

ENCUESTA

NOMBRE:Camila Vázquez C.....

- 1) ¿Cuál es la edad de Usted?, está entre los rangos de:
 - a- 15-25 años
 - Xb- 25 a 35 años**
 - c- 35 -45 años
 - d- Mayor de 50 años a mas

- 2) Sexo
 - Xa- mujer**
 - b- hombre
 - c- bisexual
 - d- transexual

- 3) ¿Usted es profesora una religión especial?
 - a- Católica
 - b- Si
 - c- No
 - Xd- Budista**
 - e- otros

- 4) ¿Cree usted que el Estado reconoce los derechos de todos los peruanos, con igualdad ante la ley, sin hacer discriminación por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier índole?
 - a- Si
 - b- No
 - c- Talvez
 - Xd- En algunos casos**

- 5) ¿Considera usted ¿qué en el Perú, Se debe permitir en nuestra legislación que las personas que conforman el grupo LGBTIQ+ cuenten con la facultad de adoptar a niños, niñas y adolescentes?
 - Xa- De acuerdo**
 - b- No está de acuerdo
 - c- Totalmente en desacuerdo
 - d- Puede ser

- 6) ¿El interés superior del niño dejaría de ser considerado en caso se acepte en nuestra legislación, la adopción por parte de personas del mismo sexo?
 - a- Si
 - Xb- No**
 - c- Talvez
 - d- Puede ser
 - e- Nose

- 7) De ser el caso. Si una pareja que conforman el grupo LGBTIQ+ adoptara a un niño. ¿Ud. cree probable a que el niño desarrollase sus capacidades físicas, cognitivas, sociales y espirituales similares a otro niño que fuese adoptado por una pareja heterosexuales?
 - Xa- Muy probable**
 - b- Probable
 - c- Poco Probable
 - d- Nada probable

- 8) La adopción por parejas, del grupo que conforman el grupo LGBTIQ+, ¿Originaria una inestabilidad emocional desde su infancia, niñez y adolescencia de los niños adoptados?
 - Xa- No influye**
 - b- Si influye
 - c- Totalmente Si influye
 - d- Totalmente en desacuerdo

- 9) Las ciencias como la medicina, la pedagogía, la psicología y la sociología concuerdan, por tener un ambiente estable y adecuado. ¿Hay más estabilidad psico-emocional de menores adoptados por pareja heterosexual que por homoparental?
 - a- Si
 - b- No
 - Xc- No influye**
 - d- Si influye

ENCUESTA

NOMBRE: ...Magdiel Lopez Barrera

- 1) ¿Cuál es la edad de Usted?, está entre los rangos de:
xa- 15-25 años
b- 25 a 35 años
c- 35 -45 años
d- Mayor de 50 años a mas
- 2) Sexo
a- mujer
Xb- hombre
c- bisexual
d- transexual
- 3) ¿Usted es profesora una religión especial?
a- Católica
b- Si
Xc- No
d- Budista
e- otros
- 4) ¿Cree usted que el Estado reconoce los derechos de todos los peruanos, con igualdad ante la ley, sin hacer discriminación por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier índole?
a- Si
Xb- No
c- Talvez
d- En algunos casos
- 5) ¿Considera usted ¿qué en el Perú, Se debe permitir en nuestra legislación que las personas que conforman el grupo LGBTIQ+ cuenten con la facultad de adoptar a niños, niñas y adolescentes?
Xa- De acuerdo
b- No está de acuerdo
c- Totalmente en desacuerdo
d- Puede ser
- 6) ¿El interés superior del niño dejaría de ser considerado en caso se acepte en nuestra legislación, la adopción por parte de personas del mismo sexo?
a- Si
Xb- No
c- Talvez
d- Puede ser
e- Nose
- 7) De ser el caso. Si una pareja que conforman el grupo LGBTIQ+ adoptara a un niño. ¿Ud. cree probable a que el niño desarrollase sus capacidades físicas, cognitivas, sociales y espirituales similares a otro niño que fuese adoptado por una pareja heterosexuales?
Xa- Muy probable
b- Probable
c- Poco Probable
d- Nada probable
- 8) La adopción por parejas, del grupo que conforman el grupo LGBTIQ+, ¿Originaria una inestabilidad emocional desde su infancia, niñez y adolescencia de los niños adoptados?
Xa- No influye
b- Si influye
c- Totalmente Si influye
d- Totalmente en desacuerdo
- 9) Las ciencias como la medicina, la pedagogía, la psicología y la sociología concuerdan, por tener un ambiente estable y adecuado. ¿Hay más estabilidad psico-emocional de menores adoptados por pareja heterosexual que por homoparental?
a- Si
b- No
Xc- No influye
d- Si influye

ENCUESTA

NOMBRE Joe Luis Caycho Flores

- 1) ¿Cuál es la edad de Usted?, está entre los rangos de:
 - a- 15-25años
 - b- 25 a 35años**
 - c- 35 -45años
 - d- Mayor de 50 años a mas

- 2) Sexo
 - a- mujer
 - b- hombre**
 - c- bisexual
 - d- transexual

- 3) ¿Usted es profesa una religión especial?
 - a- Católica**
 - b- Si
 - c- No
 - d- Budista
 - e- otros

- 4) ¿Cree usted que el Estado reconoce los derechos de todos los peruanos, con igualdad ante la ley, sin hacer discriminación por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier índole?
 - a- Si**
 - b- No
 - c- Talvez
 - d- En algunos casos

- 5) ¿Considera usted ¿qué en el Perú, Se debe permitir en nuestra legislación que las personas que conforman el grupo LGBTIQ+ cuenten con la facultad de adoptar a niños, niñas y adolescentes?
 - a- De acuerdo
 - b- No está de acuerdo**
 - c- Totalmente en desacuerdo
 - d- Puede ser

- 6) ¿El interés superior del niño dejaría de ser considerado en caso se acepte en nuestra legislación, la adopción por parte de personas del mismo sexo?
 - a- Si**
 - b- No
 - c- Talvez
 - d- Puede ser
 - e- Nose

- 7) De ser el caso. Si una pareja que conforman el grupo LGBTIQ+ adoptara a un niño. ¿Ud. cree probable a que el niño desarrollase sus capacidades físicas, cognitivas, sociales y espirituales similares a otro niño que fuese adoptado por una pareja heterosexuales?
 - a- Muy probable
 - b- Probable
 - c- Poco Probable**
 - d- Nada probable

- 8) La adopción por parejas, del grupo que conforman el grupo LGBTIQ+, ¿Originaria una inestabilidad emocional desde su infancia, niñez y adolescencia de los niños adoptados?
 - a- No influye
 - b- Si influye**
 - c- Totalmente Si influye
 - d- Totalmente en desacuerdo

- 9) Las ciencias como la medicina, la pedagogía, la psicología y la sociología concuerdan, por tener un ambiente estable y adecuado. ¿Hay más estabilidad psico-emocional de menores adoptados por pareja heterosexual que por homoparental?
 - a- Si**
 - b- No
 - c- No influye
 - d- Si influye

ENCUESTA

NOMBRE: Jesús David Hurtado Ollero

- 1) ¿Cuál es la edad de Usted?, está entre los rangos de:
 - a- 15-25años
 - b- 25 a 35años
 - c- 35 -45años
 - d- Mayor de 50 años a mas
- 2) Sexo
 - a- mujer
 - b- hombre
 - c- bisexual
 - d- transexual
- 3) ¿Usted es profesa una religión especial?
 - a- Católica
 - b- Si
 - c- No
 - d- Budista
 - e- otros
- 4) ¿Cree usted que el Estado reconoce los derechos de todos los peruanos, con igualdad ante la ley, sin hacer discriminación por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier índole?
 - a- Si
 - b- No
 - c- Talvez
 - d- En algunos casos
- 5) ¿Considera usted ¿qué en el Perú, Se debe permitir en nuestra legislación que las personas que conforman el grupo LGBTIQ+ cuenten con la facultad de adoptar a niños, niñas y adolescentes?
 - a- De acuerdo
 - b- No está de acuerdo
 - c- Totalmente en desacuerdo
 - d- Puede ser
- 6) ¿El interés superior del niño dejaría de ser considerado en caso se acepte en nuestra legislación, la adopción por parte de personas del mismo sexo?
 - a- Si
 - b- No
 - c- Talvez
 - d- Puede ser
 - e- Nose
- 7) De ser el caso. Si una pareja que conforman el grupo LGBTIQ+ adoptara a un niño. ¿Ud. cree probable a que el niño desarrollase sus capacidades físicas, cognitivas, sociales y espirituales similares a otro niño que fuese adoptado por una pareja heterosexuales?
 - a- Muy probable
 - b- Probable
 - c- Poco Probable
 - d- Nada probable
- 8) La adopción por parejas, del grupo que conforman el grupo LGBTIQ+, ¿Originaria una inestabilidad emocional desde su infancia, niñez y adolescencia de los niños adoptados?
 - a- No influye
 - b- Si influye
 - c- Totalmente Si influye
 - d- Totalmente en desacuerdo
- 9) Las ciencias como la medicina, la pedagogía, la psicología y la sociología concuerdan, por tener un ambiente estable y adecuado. ¿Hay más estabilidad psico-emocional de menores adoptados por pareja heterosexual que por homoparental?
 - a- Si
 - b- No
 - c- No influye
 - d- Si influye

ENCUESTA

NOMBRE: Jhoel Carrasco Solis

- 1) ¿Cuál es la edad de Usted?, está entre los rangos de:
 - a- 15-25 años
 - b- 25 a 35 años
 - c- 35 -45 años
 - d- Mayor de 50 años a mas
- 2) Sexo
 - a- mujer
 - b- hombre
 - c- bisexual
 - d- transexual
- 3) ¿Usted es profesa una religión especial?
 - a- Católica
 - b- Si
 - c- No
 - d- Budista
 - e- otros
- 4) ¿Cree usted que el Estado reconoce los derechos de todos los peruanos, con igualdad ante la ley, sin hacer discriminación por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier índole?
 - a- Sí
 - b- No
 - c- Talvez
 - d- En algunos casos
- 5) ¿Considera usted ¿qué en el Perú, Se debe permitir en nuestra legislación que las personas que conforman el grupo LGBTIQ+ cuenten con la facultad de adoptar a niños, niñas y adolescentes?
 - a- De acuerdo
 - b- No está de acuerdo
 - c- Totalmente en desacuerdo
 - d- Puede ser
- 6) ¿El interés superior del niño dejaría de ser considerado en caso se acepte en nuestra legislación, la adopción por parte de personas del mismo sexo?
 - a- Si
 - b- No
 - c- Talvez
 - d- Puede ser
 - e- Nose
- 7) De ser el caso. Si una pareja que conforman el grupo LGBTIQ+ adoptara a un niño. ¿Ud. cree probable a que el niño desarrollase sus capacidades físicas, cognitivas, sociales y espirituales similares a otro niño que fuese adoptado por una pareja heterosexuales?
 - a- Muy probable
 - b- Probable
 - c- Poco Probable
 - d- Nada probable
- 8) La adopción por parejas, del grupo que conforman el grupo LGBTIQ+, ¿Originaria una inestabilidad emocional desde su infancia, niñez y adolescencia de los niños adoptados?
 - a- No influye
 - b- Si influye
 - c- Totalmente Si influye
 - d- Totalmente en desacuerdo
- 9) Las ciencias como la medicina, la pedagogía, la psicología y la sociología concuerdan, por tener un ambiente estable y adecuado. ¿Hay más estabilidad psico-emocional de menores adoptados por pareja heterosexual que por homoparental?
 - a- Si
 - b- No
 - c- No influye
 - d- Si influye

ENCUESTA

NOMBRE: Jhean Franco Cifuentes Davila

- 1) ¿Cuál es la edad de Usted?, está entre los rangos de:
 - a- 15-25 años
 - b- 25 a 35 años X**
 - c- 35 -45 años
 - d- Mayor de 50 años a mas

- 2) Sexo
 - a- mujer
 - b- hombre X**
 - c- bisexual
 - d- transexual

- 3) ¿Usted es profesa una religión especial?
 - a- Católica X**
 - b- Si
 - c- No
 - d- Budista
 - e- otros

- 4) ¿Cree usted que el Estado reconoce los derechos de todos los peruanos, con igualdad ante la ley, sin hacer discriminación por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier índole?
 - a- Si
 - b- No
 - c- Talvez
 - d- En algunos casos X**

- 5) ¿Considera usted ¿qué en el Perú, Se debe permitir en nuestra legislación que las personas que conforman el grupo LGBTIQ+ cuenten con la facultad de adoptar a niños, niñas y adolescentes?
 - a- De acuerdo
 - b- No está de acuerdo X**
 - c- Totalmente en desacuerdo
 - d- Puede ser

- 6) ¿El interés superior del niño dejaría de ser considerado en caso se acepte en nuestra legislación, la adopción por parte de personas del mismo sexo?
 - a- Si
 - b- No
 - c- Talvez
 - d- Puede ser X**
 - e- Nose

- 7) De ser el caso. Si una pareja que conforman el grupo LGBTIQ+ adoptara a un niño. ¿Ud. cree probable a que el niño desarrollase sus capacidades físicas, cognitivas, sociales y espirituales similares a otro niño que fuese adoptado por una pareja heterosexuales?
 - a- Muy probable
 - b- Probable
 - c- Poco Probable X**
 - d- Nada probable

- 8) La adopción por parejas, del grupo que conforman el grupo LGBTIQ+, ¿Originaria una inestabilidad emocional desde su infancia, niñez y adolescencia de los niños adoptados?
 - a- No influye
 - b- Si influye X**
 - c- Totalmente Si influye
 - d- Totalmente en desacuerdo

- 9) Las ciencias como la medicina, la pedagogía, la psicología y la sociología concuerdan, por tener un ambiente estable y adecuado. ¿Hay más estabilidad psico-emocional de menores adoptados por pareja heterosexual que por homoparental?
 - a- Si X**
 - b- No
 - c- No influye
 - d- Si influye

NOMBRE: SERGIO AVQUIPA GUZMAN

- 1) ¿Cuál es la edad de Usted?, está entre los rangos de:
 - a- 15-25años
 - b- 25 a 35años
 - c- 35 -45años
 - d- Mayor de 50 años a mas
- 2) Sexo
 - a- mujer
 - b- hombre
 - c- bisexual
 - d- transexual
- 3) ¿Usted es profesa una religión especial?
 - a- Católica
 - b- Si
 - c- No
 - d- Budista
 - e- otros
- 4) ¿Cree usted que el Estado reconoce los derechos de todos los peruanos, con igualdad ante la ley, sin hacer discriminación por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier índole?
 - a- Si
 - b- No
 - c- Talvez
 - d- En algunos casos
- 5) ¿Considera usted ¿qué en el Perú, Se debe permitir en nuestra legislación que las personas que conforman el grupo LGBTIQ cuenten con la facultad de adoptar a niños, niñas y adolescentes?
 - a- De acuerdo
 - b- No está de acuerdo
 - c- Totalmente en desacuerdo
 - d- Puede ser
- 6) ¿El interés superior del niño dejaría de ser considerado en caso se acepte en nuestra legislación, la adopción por parte de persona del mismo sexo?
 - a- Si
 - b- No
 - c- Talvez
 - d- Puede ser
 - e- Nose
- 7) De ser el caso. Si una pareja que conforman el grupo LGBTIQ+ adoptara a un niño. ¿Ud. cree probable a que el niño desarrolle sus capacidades físicas, cognitivas, sociales y espirituales similares a otro niño que fuese adoptado por una pareja heterosexuales
 - a- Muy probable
 - b- Probable
 - c- Poco Probable
 - d- Nada probable
- 8) La adopción por parejas, del grupo que conforman el grupo LGBTIQ+, ¿Originaria una inestabilidad emocional desde su infancia niñez y adolescencia de los niños adoptados?
 - a- No influye
 - b- Si influye
 - c- Totalmente Si influye
 - d- Totalmente en desacuerdo
- 9) Las ciencias como la medicina, la pedagogía, la psicología y la sociología concuerdan, por tener un ambiente estable y adecuado. ¿Hay más estabilidad psico-emocional de menores adoptados por pareja heterosexual que por homoparental?
 - a- Si
 - b- No
 - c- No influye
 - d- Si influye

ENCUESTA

NOMBRE: MAYRA COLLAZOS PINEDA

- 1) ¿Cuál es la edad de Usted?, está entre los rangos de:
a- 15-25 años
b- 25 a 35 años
c- 35 -45 años
d- Mayor de 50 años a mas
- 2) Sexo
a- mujer
b- hombre
c- bisexual
d- transexual
- 3) ¿Usted es profesa una religión especial?
a- Católica
b- Si
c- No
d- Budista
e- otros
- 4) ¿Cree usted que el Estado reconoce los derechos de todos los peruanos, con igualdad ante la ley, sin hacer discriminación por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier indole?
a- Si
b- No
c- Talvez
d- En algunos casos
- 5) ¿Considera usted ¿qué en el Perú, Se debe permitir en nuestra legislación que las personas que conforman el grupo LGBTIQ+ cuenten con la facultad de adoptar a niños, niñas y adolescentes?
a- De acuerdo
b- No está de acuerdo
c- Totalmente en desacuerdo
d- Puede ser
- 6) ¿El interés superior del niño dejaría de ser considerado en caso se acepte en nuestra legislación, la adopción por parte de personas del mismo sexo?
a- Si
b- No
c- Talvez
d- Puede ser
e- Nose
- 7) De ser el caso. Si una pareja que conforman el grupo LGBTIQ+ adoptara a un niño. ¿Ud. cree probable a que el niño desarrollase sus capacidades físicas, cognitivas, sociales y espirituales similares a otro niño que fuese adoptado por una pareja heterosexuales?
a- Muy probable
b- Probable
c- Poco Probable
d- Nada probable
- 8) La adopción por parejas, del grupo que conforman el grupo LGBTIQ+, ¿Originaria una inestabilidad emocional desde su infancia, niñez y adolescencia de los niños adoptados?
a- No influye
b- Si influye
c- Totalmente Si influye
d- Totalmente en desacuerdo
- 9) Las ciencias como la medicina, la pedagogía, la psicología y la sociología concuerdan, por tener un ambiente estable y adecuado. ¿Hay más estabilidad psico-emocional de menores adoptados por pareja heterosexual que por homoparental?
a- Si
b- No
c- No influye
d- Si influye

ENCUESTA

NOMBRE: miguel

- 1) ¿Cuál es la edad de Usted?, está entre los rangos de:
 - a- 15-25 años
 - b- 25 a 35 años
 - c- 35 -45 años
 - d- Mayor de 50 años a mas
- 2) Sexo
 - a- mujer
 - b- hombre
 - c- bisexual
 - d- transexual
- 3) ¿Usted es profesora una religión especial?
 - a- Católica
 - b- Si
 - c- No
 - d- Budista
 - e- otros
- 4) ¿Cree usted que el Estado reconoce los derechos de todos los peruanos, con igualdad ante la ley, sin hacer discriminación por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier índole?
 - a- Si
 - b- No
 - c- Talvez
 - d- En algunos casos
- 5) ¿Considera usted ¿qué en el Perú, se debe permitir en nuestra legislación que las personas que conforman el grupo LGBTIQ+ cuenten con la facultad de adoptar a niños, niñas y adolescentes?
 - a- De acuerdo
 - b- No está de acuerdo
 - c- Totalmente en desacuerdo
 - d- Puede ser
- 6) ¿El interés superior del niño dejaría de ser considerado en caso se acepte en nuestra legislación, la adopción por parte de personas del mismo sexo?
 - a- Si
 - b- No
 - c- Talvez
 - d- Puede ser
 - e- Nose
- 7) De ser el caso. Si una pareja que conforman el grupo LGBTIQ+ adoptara a un niño. ¿Ud. cree probable a que el niño desarrollase sus capacidades físicas, cognitivas, sociales y espirituales similares a otro niño que fuese adoptado por una pareja heterosexuales?
 - a- Muy probable
 - b- Probable
 - c- Poco Probable
 - d- Nada probable
- 8) La adopción por parejas, del grupo que conforman el grupo LGBTIQ+, ¿Originaria una inestabilidad emocional desde su infancia, niñez y adolescencia de los niños adoptados?
 - a- No influye
 - b- Si influye
 - c- Totalmente Si influye
 - d- Totalmente en desacuerdo
- 9) Las ciencias como la medicina, la pedagogía, la psicología y la sociología concuerdan, por tener un ambiente estable y adecuado. ¿Hay más estabilidad psico-emocional de menores adoptados por pareja heterosexual que por homoparental?
 - a- Si
 - b- No
 - c- No influye
 - d- Si influye

ENCUESTA

NOMBRE: EUSEBIO ZENON ROMERO CALLE

¿Cuál es la edad de Usted?, está entre los rangos de:

- a- 15-25años
- b- 25 a 35años
- c- 35 -45años
- d- Mayor de 50 años a mas**

2) Sexo

- a- mujer
- b- hombre**
- c- bisexual
- d- transexual

3) ¿Usted es profesa una religión especial?

- a- Católica
- b- Si
- c- No**
- d- Budista
- e- otros

4) ¿Cree usted que el Estado reconoce los derechos de todos los peruanos, con igualdad ante la ley, sin hacer discriminación por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier índole?

- a- Si**
- b- No
- c- Talvez
- d- En algunos casos

5) ¿Considera usted ¿qué en el Perú, Se debe permitir en nuestra legislación que las personas que conforman el grupo LGBTIQ+ cuenten con la facultad de adoptar a niños, niñas y adolescentes?

- a- De acuerdo
- b- No está de acuerdo**
- c- Totalmente en desacuerdo
- d- Puede ser

6) ¿El interés superior del niño dejaría de ser considerado en caso se acepte en nuestra legislación, la adopción por parte de personas del mismo sexo?

- a- Si**
- b- No
- c- Talvez
- d- Puede ser
- e- Nose

7) De ser el caso. Si una pareja que conforman el grupo LGBTIQ+ adoptara a un niño. ¿Ud. cree probable a que el niño desarrollase sus capacidades físicas, cognitivas, sociales y espirituales similares a otro niño que fuese adoptado por una pareja heterosexuales?

- a- Muy probable
- b- Probable
- c- Poco Probable**

d- Nada probable

8) La adopción por parejas, del grupo que conforman el grupo LGBTIQ+, ¿Originaria una inestabilidad emocional desde su infancia, niñez y adolescencia de los niños adoptados?

- a- No influye
- b- Si influye**
- c- Totalmente Si influye
- d- Totalmente en desacuerdo

9) Las ciencias como la medicina, la pedagogía, la psicología y la sociología concuerdan, por tener un ambiente estable y adecuado. ¿Hay más estabilidad psico-emocional de menores adoptados por pareja heterosexual que por homoparental?

- a- Si
- b- No
- c- No influye
- d- Si influye**



LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN Y SU INFLUENCIA EN LAS DECISIONES JUDICIALES SOBRE MEDIDAS DE PRISIÓN PREVENTIVA QUE TOMA EL JUEZ Y LA VULNERACIÓN A LOS DERECHOS DE LOS INVESTIGADOS ANTE ESTA MEDIDA

*Yannina Pisfil Fiestas**

Universidad Católica Sedes Sapientiae

2015200036@ucss.pe

Resumen: En el presente trabajo de investigación se hablará sobre la influencia efectiva que ejercen los medios de comunicación en las decisiones judiciales que son tomadas por el juez en relación a la medida de la Prisión Preventiva y las consecuencias que afectan al derecho a la presunción de inocencia que tienen los investigados. Es por ello que el presente trabajo se centrará en tres puntos importantes. En el primero se tratará sobre los derechos de los investigados, como lo son el derecho al debido proceso, presunción de inocencia, libertad y a la libertad de expresión que tienen todos de los medios de comunicación y sus límites. Asimismo, en el segundo se hablará sobre los Medios de Comunicación, sus tipos y límites para poder obtener información; asimismo de las Resoluciones Judiciales sus tipos, elementos o características y las clases de Resoluciones Judiciales que se emiten. Por último, en el tercero se abordará sobre la influencia efectiva que tienen los medios de comunicación en las decisiones judiciales sobre la prisión preventiva que tome el juez y sobre las consecuencias de la influencia de los medios de comunicación en las decisiones judiciales y como afecta al derecho a la presunción de inocencia del investigado, siendo que la medida de prisión preventiva una medida cautelar coercitiva, provisional y excepcional a la regla general de llevar un proceso, siendo la regla general el llevar en libertad dicho proceso.

Palabras clave: Medios de comunicación, Derecho al Debido Proceso, Derecho a la Presunción de Inocencia, Prisión Preventiva, Derecho a la Libertad, Derecho a la Reserva y Secreto de la investigación y Derecho a la libertad de expresión.

* Estudiante del XI ciclo de la Carrera de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica Sedes Sapientiae.

THE MEDIA AND THEIR INFLUENCE ON JUDICIAL DECISIONS ON PREVENTIVE DETENTION MEASURES TAKEN BY THE JUDGE AND THE VIOLATION OF THE RIGHTS OF THOSE INVESTIGATED BEFORE THIS MEASURE

Abstract: In the present research work, we will talk about the effective influence exerted by the media in the judicial decisions that are taken by the Judge on the measure of Preventive Prison and the consequences that affect the right to the presumption of innocence that the investigated. Which is why this paper will focus on three important points. First will deal with the rights of those investigated, such as the Right to: Due Process, Presumption of Innocence, Liberty and Freedom of Expression that all of the media have and their limits. In addition, in second we will talk about the Media, its types and limits to obtain information; likewise of the Judicial Resolutions, their types, elements or characteristics and the classes of Judicial Resolutions that are issued. Finally, third will address the effective influence that the media have on judicial decisions on the preventive detention taken by the judge and the consequences of the influence of the media on judicial decisions and how affects the right to the presumption of innocence of the investigated, being that the preventive detention measure is a coercive, provisional and exceptional precautionary measure to the general rule of carrying out a process, the general rule being to carry out said process at liberty.

Keywords: Media, Right to due process, Right to the presumption of innocence, Preventive prison, Right of liberty, Right to reserve and secret investigation and Right to freedom of expression.

1. Introducción

El presente trabajo de investigación tiene por finalidad demostrar que los medios de comunicación influyen de manera efectiva en las decisiones judiciales en cuanto a las prisiones preventivas, lo que tiene como consecuencia la afectación al derecho a la presunción de inocencia del investigado, a la libertad personal y al debido proceso. En este sentido, se empezará por abordar los derechos constitucionales que tienen los investigados dentro del proceso penal, como son el derecho a un debido proceso, a la presunción de inocencia y a la libertad personal, además de la regulación de la libertad de expresión y los límites de los medios de comunicación. Asimismo, se mencionará acerca de las resoluciones judiciales, en relación a los tipos, los elementos de estos y las características que deben poseer para evitar ser declaradas nulas y vulnerar derechos fundamentales al momento de resolver los requerimientos de prisiones preventivas solicitadas por el

Ministerio Público. Por último, se demostrará que los medios de comunicación influyen en las decisiones judiciales antes lo requerimientos de prisiones preventivas, afectando el derecho a la presunción de inocencia, a la libertad personal y al debido proceso, mediante el análisis de casuísticas y en base a las encuestas realizadas, lo que concluirá las hipótesis formuladas en el presente trabajo.

El presente trabajo constará de 3 secciones, la primera sección tratará sobre los Investigados y los derechos que los asisten, analizando la normativa nacional e internacional de los derechos del debido proceso, la presunción de inocencia, la libertad, la reserva y secreto de la investigación y a la defensa. En la segunda sección, se hablará sobre los medios de comunicación y sus tipos o clases, además se tratará del derecho a la libertad de expresión de los medios de comunicación y la regulación de la libertad de expresión, así como de sus límites. Asimismo, se tratará de las resoluciones judiciales, sus tipos, elementos o características y las clases de la misma. En la tercera sección, se analizará sobre cómo influyen los medios de comunicación en las decisiones judiciales y cómo estas afectan a los derechos de la presunción de inocencia, al derecho a la libertad y al debido proceso de los investigados y por último sobre las consecuencias que traerá la influencia de los medios de comunicación en los derechos de presunción de inocencia, libertad y debido proceso.

2. Problemas e hipótesis

- Problema Principal: ¿Los medios de comunicación influyen de manera efectiva en las decisiones judiciales sobre medidas de prisión preventiva que tome el juez?
- Hipótesis del problema principal: Sí, los medios de comunicación muchas veces influyen en las decisiones judiciales que toman los jueces para dictar las prisiones preventivas, lo cual afecta al derecho de presunción de inocencia que tienen todos los investigados.
- Problema Conexa: ¿Cuáles son las consecuencias de la influencia de los medios de comunicación en las decisiones judiciales como una afectación al derecho a la presunción de inocencia del investigado?
- Hipótesis del problema conexa: Las consecuencias de la influencia de los medios de comunicación en las decisiones judiciales afectan el derecho a la presunción de inocencia, derecho a la libertad y al debido proceso.

3. Marco metodológico

En el presente trabajo se realizará una investigación cualitativa, del cual se infiere que

El método cualitativo busca la medición de los fenómenos sociales, lo cual supone derivar de un marco conceptual, pertinente al problema analizado, una serie de preguntas que expresan relaciones expresadas entre las variables formuladas en forma deductiva. Estas relaciones conceptuales se examinan y ponen a prueba mediante el análisis de la interacción entre indicadores que operan como referentes empíricos de los conceptos. La manipulación de la realidad, que esto supone es controlada por las técnicas de validación y confiabilidad, desarrolladas para tal fin. (Toro, 2006)

El método a aplicar en la presente investigación será el método socio-jurídico. Este método incluye o abarca los fenómenos sociales y económicos que sirven de fuente o que tienen relación con la formación y cristalización del derecho positivo. Asimismo, encuadra bajo su óptica los fenómenos sociales y económicos que se generan en un proceso de aplicación o uso pragmático del derecho en la realidad humana. El método socio-jurídico será aplicado a través de entrevistas escritas, las cuales nos ayudarán a comprender la opinión que tienen los abogados sobre el rol que cumplen los medios de comunicación y qué tanta relevancia o influencia tienen en las decisiones judiciales dictadas por el juez. De igual modo, el presente trabajo pretende llegar a saber la opinión de un juez sobre si los medios de comunicación influyen en sus decisiones o no.

La técnica de relación de datos que se utilizará en el presente trabajo se dará a través de una entrevista escrita y el instrumento de recolección de datos será un cuestionario, el cual será anónimo. Esto con el fin de proteger la identidad de los encuestados y poder saber la opinión que tienen.

4. Marco teórico-normativo

- a) El principio o perspectiva de los que parte esta investigación consiste en que muchas veces los medios de comunicación influyen en gran medida en las decisiones judiciales que toman los jueces para dictar las prisiones preventivas, pues al partir de suposiciones hacen que la población culpe a quienes los medios ponen como el presunto autor de los hechos, lo cual afecta a los derechos de los investigados.

Las consecuencias que se dan a causa de la influencia de los medios de comunicación en estas decisiones judiciales las podemos ver cuando muchas veces causan que la prisión preventiva, que es una medida excepcional, se convierte en parte de la regla general. Como consecuencia, afecta a diversos derechos con los cuales cuentan los investigados, siendo ellos el de la presunción de inocencia, al debido proceso, a la libertad y sobre todo a la reputación y exposición de los investigados.

b) La definición de los conceptos básicos relacionado con esta investigación es la siguiente:

- Medios de Comunicación: Son canales e instrumentos para informar y comunicar a la sociedad actual acerca de hechos o acontecimientos que suceden.
- Prisión Preventiva: Es una medida de coerción que tiene el objetivo de llevar a cabo un proceso con la participación del procesado en todas las diligencias necesarias.
- Presunción de Inocencia: Derecho de toda persona acusada de alguna infracción penal a no sufrir una condena salvo que la culpabilidad haya quedado establecida en una sentencia firme tras un juicio justo.
- Debido Proceso Penal: Es aquel conjunto de etapas formales que son secuenciales e indispensables, las cuales deberán de realizarse dentro de un proceso penal por parte de los sujetos procesales, debiendo cumplirse con los requisitos prescritos en la Constitución a fin de proteger los derechos subjetivos de todas las partes, ya sean la parte denunciada, acusada, imputada, procesada y, eventualmente, sentenciada y que estos no sean desconocidos; asimismo, se busca obtener de los órganos judiciales un proceso justo, pronto y transparente (Machicado, 2010).
- Derecho a la Libertad: El derecho a la libertad es aquel derecho inherente que tiene una persona o grupo de personas para actuar en diferentes situaciones de la vida según sus derechos y su propia voluntad.
- Derecho a la Reserva y Secreto de la Investigación: La reserva de la investigación es aquella limitación que se tiene hacia terceros ajenos a la investigación y a los sujetos procesales que no se hayan apersonado o que no sean parte del proceso. El secreto de la

investigación es una limitación especial y excepcional, la cual se limita de forma temporal al derecho a la defensa.

- c) La relación de normas a analizar son las siguientes:
- Normas internacionales
 - Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
 - Declaración Universal de Derechos Humanos
 - Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)
 - Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre
 - Normas nacionales
 - Título preliminar del Código Procesal Penal - Artículo II
 - Constitución Política del Perú, Artículo 2, inciso 2 e inciso 24-E y Artículo 139, inciso 3
 - Código Procesal Penal

5. Los investigados y los derechos que lo asisten

5.1. Los investigados

Se considera como investigado a aquella persona que se encuentra sujeta a una investigación por su supuesta relación o participación en un delito. Esto se da una vez que el fiscal toma conocimiento de la *notitia criminis* (ya sea por parte de la víctima o de cualquier otra persona). Luego de haber verificado que el hecho denunciado tiene indicios de ser un delito perseguible, se podrá requerir la intervención de la Policía Nacional del Perú para que se realicen las diligencias preliminares correspondientes, con el objetivo de recabar los elementos de convicción suficientes que prueben la participación de esta persona en el supuesto delito que se le atribuye y, si el caso lo amerita, se pasará a la formalización de la investigación preparatoria.

5.2. Derechos que asisten a los investigados

Toda persona tiene derechos fundamentales inherentes a su calidad de tal, aun cuando haya cometido algún delito o sea sospechosa de haberlo cometido.

5.2.1. Derecho al debido proceso

Según juristas nacionales, el debido proceso es aquel derecho que forma parte del conjunto de garantías procesales y penales, el cual debe ser respetado desde el inicio de la

etapa de investigación preliminar hasta la etapa de ejecución de un proceso penal, siendo el Estado el encargado de hacer respetar los derechos de los justiciables en sus diferentes etapas (Campos, 2018).

Para Pérez Porto, el debido proceso, “es un principio general del derecho, que establece que el Estado, tiene la obligación de respetar la totalidad de los derechos que la ley reconoce a cada individuo” (Campos, 2018).

Es decir, el debido proceso deberá contener las garantías mínimas para poder obtener un proceso justo y transparente. Esto quiere decir que los investigados y las partes intervinientes deben confiar en el aparato de justicia ante el cual son llevados y que, aunque su proceso conlleve a realizar una gran cantidad de diligencias, y de darse el caso se deba prorrogar el plazo de la investigación, este cumplirá con todas las garantías legales que lo amparan.

Según la Constitución Política del Perú, en su Artículo 139, inciso 3, por el debido proceso: “Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación” (1993). En concordancia con lo establecido por la normativa interna, toda persona sometida a una investigación tiene derecho a que se respeten sus derechos y garantías que lo asisten, así como a una debida investigación y que, si al final de dicha investigación se formulara una acusación en su contra, esta deberá estar debidamente fundamentada para que luego se pueda emitir una correcta resolución.

5.2.2. *Derecho a la presunción de inocencia*

El derecho a la presunción de inocencia es aquel derecho fundamental que tiene toda persona que esté siendo investigada o acusada de un delito. Este derecho deberá ser reconocido hasta que se demuestre lo contrario, es decir, que existan las pruebas suficientes que demuestren la culpabilidad del investigado y se emita una sentencia condenatoria firme.

Este derecho es tan importante que la normativa internacional, específicamente, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Declaración Universal de Derechos Humanos, lo reconocen como un derecho fundamental. Asimismo, nuestra normativa interna, en este caso, la Constitución y el Código Procesal Penal, también hacen referencia de la importancia de dicho derecho. A continuación, se hablará de lo dispuesto en las normativas antes mencionadas.

En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 14, inciso 2, se entiende por presunción de inocencia: “Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley” (1976).

En la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 11, inciso 1, se entiende por presunción de inocencia:

Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa. (1948)

Tal como se desprende de las normativas internacionales antes mencionadas, todo acusado tiene como derecho que se presuma inocente hasta que se pruebe su culpabilidad en delito que se le atribuye. Para ello, deberá contar con las garantías necesarias para su debida defensa conforme a ley.

La Constitución Política del Perú, en su artículo 2, inciso 24, establece que “Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad” (1993).

Asimismo, el Código Procesal Penal en su Título Preliminar, artículo II, establece:

1. Toda persona imputada de la comisión de un hecho punible es considerada inocente, y debe ser tratada como tal, mientras no se demuestre lo contrario y se haya declarado su responsabilidad mediante sentencia firme debidamente motivada. Para estos efectos, se requiere de una suficiente actividad probatoria de cargo, obtenida y actuada con las debidas garantías procesales.”
2. En caso de duda sobre la responsabilidad penal debe resolverse a favor del imputado.
3. Hasta antes de la sentencia firme, ningún funcionario o autoridad pública puede presentar a una persona como culpable o brindar información en tal sentido. (2006)

Como se puede observar, el presente artículo nos establece que toda persona que viene siendo investigada se le presumirá como inocente y deberá ser tratada como tal, hasta que se reúnan todas las pruebas necesarias que demuestren su culpabilidad y se haya emitido una sentencia que lo haya declarado como el responsable de la comisión del

delito. Esta garantía procesal que asiste al investigado debe ser respetada también por los funcionarios o autoridades públicas, evitando que se refieran a dicha persona investigada como el culpable del delito cometido o de brindar cualquier información donde señalen su culpabilidad sin haber reunido las pruebas necesarias. Para poder brindar alguna información antes deberán verificarla.

Por lo tanto, como podemos colegir de las normativas internacionales y nacionales citadas líneas arriba, toda persona investigada tiene como derecho fundamental la presunción de inocencia y se le tratará como tal hasta que las pruebas de la investigación demuestren lo contrario y que, mediante una sentencia condenatoria firme, quede demostrado que tiene responsabilidad del delito que se le atribuye.

5.2.3. *Derecho a la libertad*

El derecho a la libertad, es aquel derecho inherente que tiene una persona o grupo de personas para actuar en diferentes situaciones de la vida según sus derechos y su propia voluntad. Este derecho es de suma importancia y la normativa internacional (la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre), hacen mención de este derecho dentro de su normativa como un derecho fundamental. Además, nuestra normativa interna, como lo es la Constitución Política, también recalca su importancia.

Según la Declaración Universal de Derechos Humanos, en sus artículos establece que “Todos los seres humanos nacen libres...” (art. 1), “Todo individuo tiene derecho... a la libertad...” (art. 3) y “Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado” (art. 9) (1948).

Por su parte, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en su artículo I, se entiende por derecho a la libertad: “Todo ser humano tiene derecho a la libertad...” (1948).

Como se puede entender de los artículos precedentes de la normativa internacional se desprende la importancia que tiene el derecho a la libertad y que este rige desde el nacimiento de todo ser humano, así como advierte que nadie podrá ser privado de este derecho de forma arbitraria.

En la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el artículo 7 precisa que: “Toda persona tiene derecho a la libertad...” (inc. 1) y “Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las

Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas” (inc. 2) (1969).

Asimismo, en el Pacto de San José (1969) se resalta que a toda persona se le debe respetar su libertad, excepto por motivos que estén previstos en las normas internas de cada Estado.

En la Constitución Política del Perú, artículo 2 inciso 24, se establece que:

(a.) Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe. (b.) No se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo en los casos previstos por la ley... (1993)

Tal como lo señala nuestra normativa, por derecho a la libertad se desprende que ninguna persona está obligada a hacer o dejar de hacer lo que no esté establecido en la ley. Ni a que se le restrinja de su libertad personal si no está previsto en la ley.

5.2.4. *Derecho a la reserva y secreto de la de investigación*

El Código Procesal Penal en su artículo 324, incisos 1 y 3, nos habla sobre la reserva y secreto de la investigación.

1. La investigación tiene carácter reservado. Sólo podrán enterarse de su contenido las partes de manera directa o a través de sus abogados debidamente acreditados en autos. En cualquier momento pueden obtener copia simple de las actuaciones.
3. Las copias que se obtengan son para uso de la defensa. El Abogado que las reciba está obligado a mantener la reserva de Ley, bajo responsabilidad disciplinaria. Si reincidiera se notificará al patrocinado para que lo sustituya en el término de dos días de notificado. Si no lo hiciera, se nombrará uno de oficio. (2006)

Respecto de la reserva de la investigación se debe entender como aquella limitación que se tiene hacia terceros ajenos a la investigación y a los sujetos procesales que no se hayan apersonado o que no sean parte del proceso, los cuales no podrán tomar conocimiento sobre el desarrollo de dicha investigación.

En relación al secreto de la investigación se entiende que es una limitación especial y excepcional, la cual limita de forma temporal el derecho a la defensa. Esta limitación

se dará a cualquiera de las partes aun cuando estén debidamente apersonadas a la investigación o proceso, se entenderá como partes al investigado(s) y al agraviado(s), o a sus abogados, quienes no podrán obtener cierta información de la investigación que se está desarrollando. También es necesario advertir del Inciso 2 del artículo 324 que:

El Fiscal puede ordenar que alguna actuación o documento se mantenga en secreto por un tiempo no mayor de veinte días, prorrogables por el Juez de la Investigación Preparatoria por un plazo no mayor de veinte días, cuando su conocimiento pueda dificultar el éxito de la investigación. La Disposición del Fiscal que declara el secreto se notificará a las partes. (2006)

Como se puede observar en el artículo precedente, esta acción solo puede ser emitida por el encargado de la investigación y será dada por un plazo no mayor de 20 días y puede ser prorrogable por 20 días más si el juez de investigación preparatoria lo cree conveniente.

Como se puede observar en el artículo 324, incisos 1 y 3, del Código Procesal Penal, se da una gran importancia al hecho que se respete este derecho fundamental, pues si se hace caso omiso a lo establecido por la norma se atribuiría una sanción disciplinaria. Además, en el caso que el abogado incurra en dar información de la investigación a terceros y reitere esta acción, aun cuando ya se le dijo que no vuelva hacerlo, se pedirá a la parte a la cual representaba su cambio en un determinado plazo. Si luego de dicho plazo no se ha cambiado de abogado, se sustituirá por uno de oficio.

5.2.5. Derecho a la defensa

Respecto al derecho a la defensa debe entenderse como “Un derecho fundamental con el que cuenta toda persona para defenderse ante cualquier ente de justicia de los cargos que le sean imputados. Hace parte de lo que se conoce como el debido proceso” (¿Qué es el derecho a la defensa?, 2016).

El derecho a la defensa es importante y la normativa internacional, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Declaración Universal de Derechos Humanos, hacen mención de este derecho dentro de su normativa como un derecho fundamental. Además, nuestra normativa interna como la Constitución Política, también recalca su importancia.

En la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 11, inciso 1, se entiende por presunción de inocencia: “... conforme a la ley y en juicio público en el que

se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa” (1948). En dicho artículo se establece que toda persona que esté siendo investigada por un delito debe contar con las garantías necesarias para su correcta defensa.

En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 14, inciso 3 b, se entiende por derecho a la defensa: “Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección” (1976).

Se puede inferir de este artículo que todo investigado deberá contar con el tiempo y con los medios necesarios para preparar su defensa y contará con un abogado de su elección.

La Constitución Política del Perú, artículo 139, inciso 14, establece:

El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso. Toda persona será informada inmediatamente y por escrito de la causa o las razones de su detención. Tiene derecho a comunicarse personalmente con un defensor de su elección y a ser asesorada por éste desde que es citada o detenida por cualquier autoridad. (1993)

Tal como lo establece el artículo antes mencionado todo investigado tendrá derecho a ser comunicado por escrito y de forma inmediata sobre los motivos de su detención y podrá comunicarse personalmente con un defensor de su elección y a ser asesorado por éste desde que es citada o detenida por cualquier autoridad.

6. Medios de comunicación y las resoluciones judiciales

6.1. Medios de comunicación

Los medios de comunicación son aquellos instrumentos mediante los cuales se transmite información de forma masiva a la sociedad sobre hechos o sucesos que están pasando en la actualidad de la sociedad en que se vive.

6.1.1. Clases de medios de comunicación

Existen tres clases de medios de comunicación como lo son los Medios Alternativos, medios auxiliares y los medios masivos.

- Medios Alternativos: Son aquellos medios de comunicación utilizados para poder transmitir información o ideas para promocionar productos, siendo este medio de comunicación poco común.
- Medios Auxiliares: También llamados como medios de comunicación complementarios, este tipo de medio de comunicación son utilizados para poder llegar a un determinado grupo o sector de la población en específico. Y se subclasifican en
 - Internos: Pueden ser medios visuales o de audio y se pueden encontrar en ambientes donde exista una mayor circulación de personas. Suelen ser económicos y dirigido para un determinado público. Estos se pueden encontrar en los medios de transporte, en los centros deportivos, en comerciales, en las calles, entre otros.
 - Externos: Se tratan de medios visuales los cuales son colocados en los espacios abiertos, son bastantes novedosos, atractivos y pueden ser muy económicos y flexibles. Se podrán encontrar en globos, en mensajes escritos en el cielo o transportados por aviones, en carteles en las estaciones de trenes, paraderos de colectivos y otros.
 - Directos: Son aquellos medios de comunicación que envían mensajes de forma directa a los individuos, ya sea en forma impresa o virtual, van dirigidos a un determinado grupo de personas y pueden ser costosos.
- Medios Masivos: Este tipo de medio de comunicación son conocidos por el gran alcance y repercusión que tiene la información emitida dentro de la sociedad. Se dan por radio, televisión, periódicos, revistas e internet.

6.1.2. Tipos de medios de comunicación

- Audiovisuales: Son aquellos que pueden ser escuchados y vistos en el mismo momento, utilizan como base las imágenes y sonidos que se emiten con el objetivo de transmitir información que quieren difundir. En este tipo de medios de comunicación se encuentran la televisión y el cine.
- Radiofónicos: Este tipo de medio de comunicación solo se puede dar de forma sonora, es el menos costoso y más sencillo que otros medios de comunicación. Una de las limitaciones que se tenía antes con este tipo de medio de comunicación era que no llegaba a todo el público por problemas con la señal; sin embargo, en la actualidad se ha superado esa limitación.
- Impresos: Este tipo de medio, la comunicación se da por escrito y solo se podrá hacer llegar el mensaje o información de forma visual. Entre ellos

están los periódicos, las revistas, folletos, entre otros. Debido a su alto costo, este tipo de medio de comunicación está optando por digitalizar su contenido en una página web y bajando la producción de sus ejemplares escritos.

- Digitales: Este medio de comunicación se ha vuelto muy utilizado en los últimos años, esto debido a la practicidad que representa el poder informarse de las últimas noticias ocurridas en el día o de las actualizaciones que se pueden dar de una noticia que haya captado la atención de los usuarios. Es bastante utilizada, ya que en internet se puede acceder con mayor rapidez y fácil accesibilidad a todo tipo de información, sea a través de computadoras y/o de teléfonos móviles (Peiró, 2017).

6.1.3. *Derecho a la libertad de expresión de los medios de comunicación*

¿Qué es la libertad de expresión? La libertad de expresión es un derecho fundamental que contribuye a la protección de las ideas y opinión de todas las personas sin que exista algún peligro al expresarlo.

En la Declaración Universal de Derechos Humanos, su artículo 19, se entiende por Libertad de Expresión:

Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión. (1948)

Como se desprende del artículo anterior de la normativa internacional, toda persona tiene derecho a poder expresar su opinión y expresarse de forma libre sin el temor de ser perturbado, podrá investigar y recibirá información y opiniones de otras personas, así como de difundirlas, esto será sin ninguna limitación o por cualquier medio de expresión. Por otro lado, respecto de los medios de comunicación, se entiende que estos también podrán expresarse de forma libre sin tener el temor de poder ser censurado o perturbado por emitir determinada información, así como emitir opiniones sobre alguna noticia que estén investigando. Asimismo, podrán recolectar información y opiniones que le sean necesarias para poder difundir dicha información que vienen investigando, esto se dará sin ninguna limitación de fronteras y a través de cualquier medio de expresión que le permita difundir dicha información.

Asimismo, según la Constitución Política del Perú, artículo 2, inciso 4, párrafo 1, por Libertad de Expresión, refiere: “A las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización ni censura ni impedimento algunos, bajo las responsabilidades de ley” (1993).

Como podemos observar, la Carta Magna nos refiere que la libertad de expresión es entendida como aquella libertad que tienen los medios de comunicación para poder informar, opinar, expresar o difundir su forma de pensar, esto se dará de forma escrita, oral o por imágenes, todo ello sin que se deba de pedir alguna autorización y se estará libre de cualquier impedimento o censura, pero bajo responsabilidad establecida por ley.

Para Arévalo (2015), “... los derechos a la información, a la libre expresión y a la comunicación son fundamentales para defender y exigir otros, como el derecho a salud, educación, vivienda, trabajo digno, justicia, alimentación, etc.” (p. 4).

Tal como lo menciona Arévalo, el derecho a estar informados de lo que sucede en la sociedad, el poder expresarnos y comunicarnos de forma libre es importante, ya que estos derechos traen consigo otros derechos que nos permitirán desenvolvernos de una mejor manera en la sociedad, así como poder exigir a nuestras autoridades que puedan hacer su trabajo de forma eficiente, lo cual nos permitirá desarrollarnos de forma libre sin el temor a ser perturbados por nuestra forma de pensar u opinar. Es por ello que los medios de comunicación juegan un papel determinadamente especial en nuestra sociedad.

6.1.4. *Regulación y límites del derecho a la libertad de expresión de los medios de comunicación*

La regulación sobre el derecho de la libertad de expresión está regulada y protegida por la Constitución Política en su Artículo 2, inciso 4 párrafo 1, el cual hemos explicado en el punto anterior. Asimismo, los Medios de Comunicación están regulados por la Ley N. 28278 (Ley de Radio y Televisión).

En el Artículo II del Título Preliminar de la Ley N. 28278, mediante la cual se refiere que prestaran su servicio a favor de los siguientes principios:

- a) La defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad.
- b) La libertad de expresión, de pensamiento y de opinión.
- c) El respeto al pluralismo informativo, político, religioso, social y cultural.

- d) La defensa del orden jurídico democrático, de los derechos humanos fundamentales y de las libertades consagradas en los tratados internacionales y en la Constitución Política.
- e) La libertad de información veraz e imparcial.
- f) El fomento de la educación, cultura y moral de la Nación.
- g) La protección y formación integral de los niños y adolescentes, así como el respeto de la institución familiar.
- h) La promoción de los valores y la identidad nacional.
- i) La responsabilidad social de los medios de comunicación.
- j) El respeto al Código de Normas Éticas.
- k) El respeto al honor, la buena reputación y la intimidad personal y familiar.
- l) El respeto al derecho de rectificación. (2004)

Como se puede observar en el artículo mencionado líneas arriba, la Ley de Radio y Televisión protegerá los principios por los cuales pone a su servicio y se compromete a proteger los derechos de los ciudadanos, que para dicha ley son los principios en los que se basarán para su correcto ejercicio, por lo cual mantendrán debidamente informada a la sociedad lo que acontece en el país.

En el Artículo IV del Título Preliminar de la Ley N. 28278 se establece que

De acuerdo con lo establecido en el artículo 137, inciso 1, de la Constitución Política del Perú, en todo momento, incluso durante el estado de emergencia, mantienen plena vigencia el derecho a las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento ejercidos a través de los servicios de radiodifusión autorizados de acuerdo a ley, sin ninguna forma de censura, bajo responsabilidad. (2004)

Tal como se menciona en el artículo precedente, los medios de comunicación están facultados y protegido por la Constitución Política para poder brindar información debida a la ciudadanía y a expresar su opinión de forma libre y poder difundirla ya sea de forma oral o escrita de todo lo que acontece en el país, aun cuando nuestro país se encuentra en estado de emergencia, en este sentido no se aceptaran ningún tipo de censura que limite el ejercicio de dicho derecho.

Respecto de las limitaciones que tienen los medios de comunicación, en el Artículo 39 de la misma Ley se establece que:

La responsabilidad legal por violaciones a la dignidad, el honor, la intimidad, la imagen y la voz de las personas y en general a los derechos reconocidos legalmente a las personas e instituciones, se rigen por las disposiciones establecidas en el Código Civil y el Código Penal y las leyes especiales vigentes sobre la materia. Las responsabilidades que se deriven de estas violaciones se juzgan en el fuero común, siendo incompetente cualquier jurisdicción distinta, sin excepción alguna. (2004)

6.2. Las resoluciones judiciales

¿Qué es una resolución judicial? Una resolución judicial es aquel acto procesal por el cual se dará impulso o se tomará una decisión con la cual se dará paso a la conclusión un proceso (Quispe, 2018).

Según el Código Procesal Civil (en adelante, CPC), en su artículo 120, se entiende por Resoluciones: “Los actos procesales a través de los cuales se impulsa o decide al interior del proceso o se pone fin a éste, pueden ser decretos, autos y sentencias” (1992).

Como se puede observar en el artículo descrito líneas arriba, las resoluciones son aquellos actos procesales mediante las cuales se le dará impulso a un proceso o en determinados casos se le pondrá fin a este. Asimismo, se establece que existen tres tipos de resoluciones: los decretos, los autos y las sentencias (más adelante se analizará brevemente cada una de estas resoluciones).

Para Cavani (2017)

La primera idea que viene a la cabeza cuando se habla de resolución judicial es la forma cómo el juez se comunica con las partes. ... Es posible entender resolución de dos formas diversas: (a) Resolución como documento: Se hace referencia a un conjunto de enunciados normativos expedido por un órgano jurisdiccional. ... y (b) Resolución como acto procesal: Un acto procesal es, fundamentalmente, un hecho jurídico voluntario practicado en el proceso y con eficacia para el mismo. Dado que es realizado por un órgano juzgador se trata de un acto procesal del juez ... (p. 2)

Para el autor, una resolución judicial es aquella forma mediante la cual el Juez se comunica con las partes de un proceso y, según su punto de vista, lo divide en 2 tipos. Por un lado, las resoluciones como documentos en los cuales se les dará una respuesta a los pedidos que las partes le hacen al juez y, por otro lado, las resoluciones como un acto

procesal, se considera así cuando dicha resolución es emitida por un órgano encargado de juzgar.

6.2.1. *Clases o tipos de resoluciones judiciales*

El Código Procesal Civil, en su artículo 121, nos establece que existen tres tipos de resoluciones judiciales, entre los cuales tenemos: Autos, Decretos y Sentencias (1992).

- Autos: "...el Juez resuelve la admisibilidad o el rechazo de la demanda o de la reconvencción, el saneamiento, interrupción, conclusión y las formas de conclusión especial del proceso; el concesorio o denegatorio de los medios impugnatorios, la admisión, improcedencia o modificación de medidas cautelares y las demás decisiones que requieran motivación para su pronunciamiento" (1992). En este tipo de resoluciones el Juez se encargará de resolver las cuestiones incidentales, en este tipo de resolución se requiere de una debida motivación para poder resolver las cuestiones del proceso y poder finalizar con dicho proceso. Por ello, en este tipo de resolución podrá concluir con un proceso, pero el Juez no podrá emitir un pronunciamiento en el cual le pueda dar la razón o no a una de las partes.
- Decretos: "... se impulsa el desarrollo del proceso, disponiendo actos procesales de simple trámite" (1992). Es decir, este tipo de resolución es aquella mediante las cuales el juez podrá emitir un pronunciamiento de impulso sobre algún documento que haya ingresado en el proceso del cual tiene conocimiento, son resoluciones simples en las cuales el Juez no necesita emitir su pronunciamiento que sea muy elaborado ni deberá estar debidamente motivado. Según el artículo 122 del mismo cuerpo legal se establece que los decretos podrán ser expedidos por los auxiliares jurisdiccionales con su firma, excepto cuando estos sean emitidos por el Juez en audiencia.
- Sentencias: "... el Juez pone fin a la instancia o al proceso, en definitiva, pronunciándose en decisión expresa, precisa y motivada sobre la cuestión controvertida declarando el derecho de las partes, o excepcionalmente sobre la validez de la relación procesal" (1992). Esto quiere decir, que este tipo de resolución le permite al Juez poner un punto final a un proceso o a una instancia del proceso, esta sentencia deberá estar debidamente motivadas, entendiéndose como una debida motivación a que el Juez deberá dar a conocer su decisión de forma expresa, precisa y motivada; explicando los fundamentos por lo cual emitió dicho pronunciamiento, esto se dará en un lenguaje que sea

claro de comprender y que esté amparado por la ley, debiendo pronunciarse sobre las cuestiones del caso.

Según el artículo 122 del mismo cuerpo legal se establece que para la redacción de las sentencias se deberá cumplir con separar la parte expositiva, considerativa y resolutoria de dicha sentencia, esta debe contar con la firma del Juez que conoció el caso y si fue un órgano colegiado el encargo de revisar el caso deberá estar firmada por los jueces que hayan conformado dicho colegiado.

En nuestra legislación existen diversas sentencias, para efecto del presente trabajo se explicará brevemente que son las sentencias firmes, son aquellas sentencias que se utilizan para poder condenar a la persona acusada que haya sido encontrada como culpable de un delito que se le atribuye y por el cual fue investigado (ConceptosJuridicos.com, s.f.).

6.2.2. Elementos o características de las resoluciones judiciales

Según la Constitución Política del Perú en su artículo 139, inciso 5: “La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias ...” (1993), es decir, la motivación dada por el juez en las resoluciones judiciales, deben darse por escrito y en todas las instancias.

La Corte Suprema mediante el Recurso de Casación N. 427-2020 Huaura, ha señalado que una resolución judicial debe contener:

A) La motivación de las resoluciones judiciales, como garantía de los derechos de las personas vinculada con la correcta administración de justicia, protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el derecho suministra y otorga credibilidad y racionalidad a las decisiones del Poder Judicial, en el marco de una sociedad democrática, a la vez que garantiza que puedan ejercer de manera efectiva su derecho a la defensa.

B) La argumentación de una resolución judicial debe mostrar que: i) existe congruencia entre lo solicitado y lo resuelto, ii) por sí misma exprese una clara y suficiente justificación de la decisión adoptada, iii) los alegatos de las partes fueron tomados en cuenta y iv) se valoraron de forma conjunta y razonada todas las pruebas actuadas; ello, a su vez, otorga a los justiciables la posibilidad de impugnar las decisiones judiciales. ... (2020)

Mediante la Casación N. 427-2020, la Corte Suprema estableció la importancia de la motivación en las resoluciones judiciales, ya que estas garantizan una adecuada

administración de justicia y protección de los derechos de los ciudadanos que son llevados a un juicio, siendo uno de estos derechos el de la defensa. Asimismo, respecto de la argumentación de una resolución judicial, la Corte Suprema establece que debe existir relación entre lo que se solicita y lo que se resuelve, también se deberá expresar la justificación de la decisión tomada de forma clara, así como se deberá tomar en cuenta los alegatos de las partes y, respecto de las pruebas actuadas, estas deberán ser valoradas en forma conjunta y razonadas, dando oportunidad de impugnar las decisiones judiciales a la parte contraria.

Asimismo, en el artículo 50 (deberes del juez), del CPC, en el cual en el inciso 6 refiere que las resoluciones judiciales de autos y sentencias deben estar fundamentadas bajo sanción de nulidad, debiendo respetar los principios de jerarquía de la norma y la pertinencia. En la misma línea, en el artículo 121 del CPC se recalca la importancia de la motivación para las resoluciones de dichas resoluciones.

Mediante el artículo 122 del CPC se establece lo que una resolución judicial debe contener, siendo importante lo contenido en el inciso 4 en la cual se dispone que se debe “expresar de forma clara y precisa lo que se decide u ordena” (1992). En los párrafos siguientes del artículo se establece quién y de qué forma en cada resolución debe ir firmada.

Como se puede observar de las normas revisadas líneas arriba, se puede deducir la gran importancia que tiene la motivación en las resoluciones judiciales, ya que si no se da una debida motivación se podría incurrir desde la afectación a una correcta función de la administración de justicia hasta llegar a caer en una argumentación pobre para el tipo de resolución que se emite, siendo cuestionable si el juez realmente habría estudiado el caso del cual está emitiendo un pronunciamiento. En una sentencia, la motivación es importante ya que es vista como una señal de transparencia del estudio del caso por parte del juez que esté a cargo del caso. Esta motivación deberá cumplir con tener los argumentos necesarios, ser razonable y objetiva según sea el caso que se esté investigando, pues si no cumple con ello puede llegar a ser declarada nula. Para la sentencia la motivación debe ser precisa y estar en la parte expositiva y considerativa

El Tribunal Constitucional mediante el Expediente N. 3943-2006-PA/TC, en el fundamento 4 establece que: “el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales es una garantía del justiciable frente a la arbitrariedad judicial y garantiza que las resoluciones judiciales no se encuentren justificadas en el mero capricho de los magistrados, sino en datos objetivos que proporciona el ordenamiento jurídico o los que se deriven del caso” (2006).

7. La influencia de los medios de comunicación en las decisiones judiciales

7.1. Influencia de los medios de comunicación en las decisiones judiciales

En la actualidad la influencia que ejercen los medios de comunicación es bastante fuerte, esto debido a que muchas veces la información que brindan a la ciudadanía no está corroborada y son simples especulaciones. En casos como violación sexual y delitos contra el Estado por parte de funcionarios o servidores públicos, ya que son casos delicados se puede ver la gran presión mediática que tienen los jueces para dictar una medida excepcional como lo es la prisión preventiva, esto para no ser vistos luego como jueces “corruptos” o que están parcializados con una de las partes. Por ese motivo, no dan un correcto pronunciamiento, debido a que la prensa suele poner este tipo de calificativos a quienes no actúan como deberían, dejando de lado los procedimientos que se deben de seguir en un proceso de investigación, vulnerándose los derechos de los investigados y que están protegidos en nuestra legislación, así como en ordenamientos internacionales, como lo son el derecho al debido proceso, a la presunción de inocencia, entre otros.

Según Fernández (2012)

Los medios de comunicación tienen una gran capacidad para crear alarma social cuando de manera reiterada se refieren a determinados tipos delictivos: atracos a comerciantes, abusos y agresiones sexuales a menores, violencia en el ámbito familiar, delitos cometidos por menores de edad...

Como lo menciona el autor, los medios de comunicación son una gran ventana para poder transmitir información que puede alterar en gran manera a la población. En los noticieros locales, lo que se transmite a diario son casos de robos con gran violencia, casos de violencia contra la mujer y feminicidios, casos de la gran corrupción que existe en el Estado y que las autoridades deberían encargarse de investigar a los presuntos culpables. Se encuentran parcializados o dentro de estos delitos, lo que impide que se realice una correcta investigación causando que estas personas investigadas no obtengan una sanción por los delitos que cometieron. Todo esto crea una gran desconfianza a la población, dejándolos con la idea de que no existe la justicia.

Para Silva, citado por Barragán y Lopez (2018)

La antigua forma de impartir justicia, cuando el juez llevaba las causas sometidas a su conocimiento con discreción hermética, en los tiempos en los cuales solo se pronunciaba a través del texto escrito de sus sentencias, tiende a desaparecer y, aunque a veces se recuerda con añoranza, lo cierto es que hoy es improbable que vuelva. Las decisiones judiciales se conocen primero en los medios, antes que en la resolución, auto o sentencia; los operadores judiciales las revelan y explican por conducto de los micrófonos y las cámaras, sin que todavía hayan sido redactadas. Tampoco los jueces pueden resistirse a las exigencias de los medios y las demandas de información de la opinión: de no revelar la conclusión de fallo antes de la redacción de la sentencia, él mismo filtrará en una versión extraoficial o se incrementarán las posibilidades para presionar o intentar manipular la decisión. (2018, p. 7)

Según el autor, en la actualidad las decisiones judiciales se han visto afectadas no solo por los medios de comunicación, sino también al momento de emitirlas y esto por el avance de la tecnología. En este sentido, el autor nos dice que ahora no solo la presión mediática es la que juega un gran papel, sino que también alcanzan las decisiones judiciales. A diferencia de tiempos anteriores, son conocidas antes de poder ser emitidas con una debida motivación, ya que son reveladas a través de los medios de comunicación. Asimismo, cuando el caso es mediático, los jueces deben de tener cuidado al dar alguna opinión sobre ellos, puesto que se podría tomar como un adelanto de su decisión y esto provocaría que la prensa pueda presionarlo o intentar que a través de sus comentarios pueda cambiar su decisión.

7.1.1. Influencia de los medios de comunicación en las decisiones judiciales como una afectación al derecho de la presunción de inocencia del investigado

El derecho a la presunción de inocencia, como ya se ha mencionado, es un derecho fundamental. Este asiste a toda persona que viene siendo investigada a que se le presuma como inocente hasta que las investigaciones demuestren lo contrario y que, mediante sentencia firme, se pruebe su culpabilidad de los delitos que se le atribuyen.

Este derecho fundamental está reconocido por normativas internacionales como lo son el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Declaración Universal de Derechos Humanos. Asimismo, nuestra normativa interna también se reconoce estando presente en el artículo 2, inciso 24, de la Constitución Política del Perú y en el Código Procesal Penal en su artículo II del Título Preliminar.

Según Ubeta (2018)

Aun así, el tema que más nos preocupa no es la actitud de alguna minoría de Magistrados, sino los casos en donde, aún sin sentir una necesidad de mostrarse ante los medios de información, la opinión que estos generan puede presionar e influenciar la decisión del Juez, impidiendo el actuar independiente e imparcial que su investidura requiere. (p. 32)

En concordancia con lo mencionado por el autor, hay casos que si bien no son mediáticos o no son seguidos por la prensa, debido a los constantes comentarios que hacen los conductores de noticieros respecto de los casos delictivos que se vienen dando en la sociedad señalando que las autoridades no hacen nada por meter a la cárcel a los delincuentes y que por ello estos delincuentes hacen lo que quieren burlándose de la justicia, de alguna forma el criterio de los jueces se ve influenciado y esto hace que emitan una decisión que ya viene parcializada o influenciada. Esto evita que puedan dar una decisión que sea imparcial, tal como la norma lo dice.

7.1.2. Influencia de los medios de comunicación en las decisiones judiciales como una afectación al derecho a la libertad

Se entiende por derecho a la libertad al derecho que le es inherente a toda persona para poder desenvolverse en la vida, esto será según su propia libertad realizando todo lo que la norma no prohíba.

Este derecho está reconocido por la normativa internacional representada en la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y los Deberes del Hombre. Asimismo, en la normativa interna regulada en la Constitución Política del Perú.

7.1.3. Influencia de los medios de comunicación en las decisiones judiciales como una afectación al derecho al debido proceso

Debe entenderse al debido proceso como aquel derecho que asiste a toda persona, ya sea para la parte investigada o agraviada, el cual deberá contener las garantías mínimas para poder obtener un proceso justo y transparente, ante el aparato de justicia que sean llevado. Este derecho se encuentra regulado en el artículo 139, inciso 3, de la Constitución Política del Perú.

En ese sentido, si bien es cierto existen sentencias de la Corte Suprema que son precedentes vinculantes, en la cual se ha establecido cuáles son las características que debe tener una resolución judicial, la cual tiene que estar debidamente motivada indicando

el porqué de dicha decisión. Sin embargo, en nuestra realidad podemos observar que muchas veces se emiten resoluciones sin una debida motivación, esto es, principalmente en los casos en que existe un pedido de prisión Preventiva solicitado por el Ministerio Público, ante un caso que ha sido condenado por la población nacional y, por ende, el Poder Judicial declaró fundado dicho Requerimiento. ¿Pero qué pasa en aquellas situaciones en que, por tal influencia de los medios de comunicación, cuando se llega a la etapa de juicio oral, el investigado es declarado absuelto?, ¿qué debería ocurrir en dichas circunstancias, si por solo el motivo de que se emitieron noticias a nivel nacional se le puede privar de su libertad a una persona y luego esta sea declarada inocente?

7.2. Las consecuencias de la influencia de los medios de comunicación en las decisiones judiciales como una afectación al derecho a la presunción de inocencia, a la libertad y al debido proceso

Los medios de comunicación, como ya se dijo en los puntos precedentes, influyen en gran manera dentro de la sociedad, ya que nos muestran los hechos relevantes que suceden en el país. Hechos delictivos como robos a mano armada, violencia contra la mujer, entre muchos otros casos, son noticias que a diario es transmitida a la sociedad, causando el temor de no saber si en algún momento nos puede pasar a nosotros o a algún familiar cercano, haciéndonos preguntarnos qué hacen las autoridades para frenar todos estos hechos.

Para Cabanillas (2011)

La intromisión desmesurada de los medios —amparada a veces en un uso abusivo de la libertad de expresión y el derecho a la información— se puede materializar en una decisión judicial que no será del todo objetiva. Aunque la función judicial debe ser autónoma e imparcial, no se puede evitar que el juez tenga una valoración personal del caso más allá de la que se puede crear en base a los fundamentos de hecho y de derecho, porque también consume noticias y es parte de un entorno social marcado por la fuerte participación que tienen los medios de comunicación. Por otro lado, al ser el juez representante de la justicia, la sociedad pone ciertas expectativas sobre él, la valoración de que tan bien funcione el sistema judicial depende en gran medida de las consecuencias de las resoluciones judiciales. (párr. 2)

Los medios de comunicación, en su mayoría, abusan de la libertad de expresión que tiene para difundir en la población, sea cuestionando o distorsionando la realidad de la verdad jurídica, pues solo se llega a conocer aquello que puede ser probado. Sin embargo, se desarrollan cuestiones y críticas previas lo que genera en el juzgado una distorsión de lo real. Ello se debe a que este magistrado, al ser una persona que también ve noticias, escucha la radio o lee los periódicos, adopta una posición y relativiza lo que ocurre en su alrededor, pues al ser una persona que imparte justicia, la población tiene una perspectiva y espera de ese juez que pueda resolver conforme lo manifestado por el público en general.

En ese sentido, podemos observar lo desarrollado mediante la encuesta realizada a dos Fiscales Adjuntos Provinciales, quienes indicaron que los medios de comunicación influyen de manera superficial en la perspectiva que tiene el juez sobre el hecho en el cual ha de pronunciarse, dado que la información vertida por los medios de comunicación es sesgada y con un conocimiento mínimo de la realidad jurídica. Pese a ello, no es menos cierto que en casos aislados existe una presión de la opinión pública que influye en las decisiones de los magistrados a nivel general, al solicitar o emitir pronunciamientos.

8. Conclusión

En conclusión, los medios de comunicación influyen en las decisiones judiciales, lo que trae consigo vulneración al debido proceso, toda vez que no siempre se emiten las resoluciones con base en hechos que puedan estar probados. Esto se puede demostrar a través de los documentos analizados en el presente trabajo, como son los autores citados y la encuesta realizada, con la cual se llegó a la conclusión que los medios de comunicación influyen de manera superficial en la perspectiva que tiene el juez sobre el hecho en el cual ha de pronunciarse, dado que la información vertida por los medios de comunicación es sesgada y con un conocimiento mínimo de la realidad jurídica. Aun así, no es menos cierto que en casos aislados existe una presión de la opinión pública que influye en las decisiones de los magistrados a nivel general, ya sea al solicitar o emitir pronunciamientos.

Referencias

- Arévalo, J. (2015). Derecho a la comunicación y libertad de expresión en el Perú. *Canalé*, (6), 9-16. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/canale/article/view/14715/15304>

- Cabanillas, C. (2011). Los medios de comunicación en los procesos judiciales. Enfoque Derecho. com. <https://www.enfoquederecho.com/2011/05/15/los-medios-de-comunicacion-en-los-procesos-judiciales/>
- Campos, E. (2018). Debido proceso en la justicia peruana. Pasión por el Derecho. <https://lpderecho.pe/debido-proceso-justicia-peruana/>
- Cavani, R. (2017). ¿Qué es una resolución judicial? Un breve estudio analítico para el derecho procesal civil peruano. *IUS ET VERITAS*, (55), 112-127. <https://doi.org/10.18800/iusetveritas.201703.007>
- Código Procesal Civil. (1992, 4 de marzo). Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Editorial *Jurista Editores*. <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/detallenorma/H682685>
- Código Procesal Penal (2006, 29 de julio). Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Editorial *Jurista Editores*. <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/detallenorma/H682695>
- Constitución Política del Perú (1993). <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/detallenorma/H682678>
- Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José). (1996, 22 de noviembre) <https://www.cidh.oas.org/PRIVADAS/convencionamericana.htm>
- Declaración Universal de Derechos Humanos (1948, 10 de diciembre). <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948). <https://www.oas.org/es/cidh/mandato/documentos-basicos/declaracion-americana-derechos-deberes-hombre.pdf>
- Expediente N. 3943-2006-PA/TC. (2006). Tribunal Constitucional (García, Gonzales Alva, Barfelli, Vergara y Landa) https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2019/08/Exp.-3943-2006-PA-TC-Lima-Legis.pe_.pdf
- Fernández, S. (2012). Medios de Comunicación y Decisiones Judiciales. <https://www.reeditor.com/columna/4747/10/derecho/medios/comunicacion/decisiones/judiciales>
- Lopez Pinilla, A. y Barragan Garzon, P. (2018). Las decisiones judiciales: un dilema entre la legitimidad y la influencia de los medios de comunicación. *NOVUM JUS*, 12(2), 189-200. <https://novumjus.ucatolica.edu.co/article/view/1901/1867>
- Machicado, J. (2010). ¿Qué es el Debido Proceso Penal? *Apuntes jurídicos*. <http://jorgemachicado.blogspot.com/2010/01/debido-proceso.html>

- Ministerio de Transportes y Comunicaciones. (2015). Ley N. 28278. Ley de Radio y Televisión. <https://www4.congreso.gob.pe/comisiones/2002/discapacidad/leyes/28278.htm>
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Político. (1976, 23 de marzo). <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights>
- Peiró, R. (2017, 07 de agosto). Medios de Comunicación. Economipedia.com. <https://economipedia.com/definiciones/medios-de-comunicacion.html>
- ¿Qué es el derecho a la defensa? (2016, 22 de julio). MisAbogados.com. <https://www.misabogados.com.co/blog/que-es-el-derecho-a-la-defensa>
- Quispe, E. (2018). Resolución Judicial. <https://peru.leyderecho.org/resolucion-judicial/>
- Recurso de Casación N. 427-2020 HUAURA. (2020). Sala Penal Permanente (San Martín C., Sequeiros. I., Coaguila. E., Torres. S. y Salas. P.). <https://www.diarioconstitucional.cl/wp-content/uploads/2021/10/25-10-CS-de-Peru%CC%81.pdf>
- Sentencias. (s. f.). Conceptos Jurídicos.com. <https://www.conceptosjuridicos.com/pe/sentencia/>
- Toro, D. (2006). *Método y conocimiento: metodología de la investigación*. <https://tesisplus.com/metodo-cualitativo/metodo-cualitativo-segun-autores/>
- Ubeta Bernardo, Y. (2018). *Presión mediática de los medios de comunicación, y su influencia en la medida de coerción personal de prisión preventiva dictadas por el órgano jurisdiccional*. [Tesis para optar el título profesional de Abogado, Universidad de Huánuco]. Repositorio de la Universidad de Huánuco. <http://repositorio.udh.edu.pe/bitstream/handle/123456789/1164/YEFRID%20ANIBAL%20UBETA%20BERNARDO...pdf?sequence=1&isAllowed=y>

ANEXO

Cuestionario

Tema: “Los medios de comunicación y su influencia en las decisiones judiciales sobre medidas de prisión preventiva que toma el juez y la vulneración a los derechos de los investigados ante esta medida”.

Nombres:

CAL:

1. ¿Cree usted que la influencia de los medios de comunicación en las decisiones judiciales afecta el derecho a la presunción de inocencia del investigado?
2. ¿Cree usted que las decisiones judiciales son emitidas en base a la influencia de los reportes periodísticos de los medios de comunicación, o estrictamente en base a lo que se haya probado en los requerimientos y audiencias?
3. ¿Considera usted que los medios de comunicación, al emitir un reportaje periodístico que es visualizado muchas veces a nivel nacional, influyen en las resoluciones que dan los jueces?
4. ¿Cree usted que los jueces en algunas oportunidades, por temor a ser rechazados o señalados a nivel nacional, emiten pronunciamientos afectando el derecho a la presunción de inocencia y vulnerando el debido proceso?



LA PRISIÓN PREVENTIVA Y LA VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Evelin Rocio Mejia Milian
Universidad Católica Sedes Sapientiae
2017101086@ucss.pe

Resumen: El presente estudio consiste, en primer lugar, en el análisis de la problemática que existe en relación a la aplicación de la prisión preventiva al imputado en el marco del proceso penal en nuestro país infringiendo la presunción de inocencia. Asimismo, se consignará jurisprudencia nacional e internacional a fin de poder dilucidar y dar luz a la cuestión que nos atañe solucionar. En segundo lugar, se ha planteado la relación entre la presunción de inocencia con otro derecho fundamental, esto es, la libertad; donde señalamos la presencia de ciertas figuras en el ámbito del proceso penal, como es la prisión preventiva que se encuentra regulada en el artículo 268 del Código Procesal Penal, medida que pone en peligro a los mencionados derechos constitucionales; es por estas razones que, el legislador debe tomar las medidas de corrección respectivas. En tercer lugar, se evaluará si se está vulnerando el principio constitucional de presunción de inocencia al aplicarse la medida de prisión preventiva, siendo esta una medida coercitiva que reprime el derecho a la libertad.

Palabras clave: Derecho constitucional, prisión preventiva, presunción de inocencia, medida coercitiva.

PREVENTIVE PRISON AND THE VIOLATION OF THE CONSTITUTIONAL PRINCIPLE OF PRESUMPTION OF INNOCENCE

Abstract: The present study consists, first of all, in the analysis of the problems that exist in relation to the application of preventive detention to the accused in the framework of the criminal process in our country, violating the presumption of innocence. Likewise, national and international jurisprudence will be recorded. In order to be able to elucidate and shed light on the issue that concerns us to solve. Secondly, the relationship between the presumption of innocence with another fundamental right has been raised, that is,

freedom; where we point out the presence of certain figures in the field of criminal proceedings, such as preventive detention that is regulated in article 268 of the Criminal Procedure Code, a measure that endangers the aforementioned constitutional rights; It is for these reasons that the legislator must take the respective corrective measures and thirdly, it will be evaluated whether the constitutional principle of presumption of innocence is being violated when applying the preventive detention measure, this being a coercive measure that represses the right to freedom.

Keywords: Constitutional Law, Pretrial Detention, Presumption of Innocence, Coercive Measure.

1. Introducción

La presunción de inocencia se encuentra regulada en conjunto con los derechos fundamentales de la persona en el artículo 2, inciso 24, literal e) de nuestra Constitución Política del Perú, por el cual refiere que “toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad”. Pero se podría decir que este derecho no es absoluto, toda vez que se encuentra sujeto a regulación y puede ser restringido por mandato legal con el uso de la prisión preventiva.

El bienestar social suele verse violentado a diario a través de diversos delitos que se cometen en contra de ella, exigiendo a los operadores del Derecho la aplicación drástica de una determinada sanción al responsable, como es la privación de la libertad y de otros derechos constitucionales. Por lo que esta situación se suele describir como un enfrentamiento entre dos intereses igualmente valiosos: por un lado, se tiene la defensa del principio de presunción de inocencia, mediante el cual ninguna persona puede ser considerada o tratada como culpable hasta que su responsabilidad sea comprobada; por otro lado, se tiene la responsabilidad del Estado de cumplir su obligación, esto es, perseguir y castigar la comisión de hechos delictivos y la violación de valores jurídicos protegidos, con la garantía de que el imputado estará presente durante el juicio que se lleve en su contra sin obstaculizaciones.

Es por lo mencionado que no cabe duda que el sistema penal se enfrenta, a un constante enfrentamiento entre la protección de los derechos del acusado y los intereses de la comunidad respecto a condenar a los culpables, por lo que en ciertas ocasiones esta tensión es resuelta con medidas que atentan contra la protección del derecho constitucional de presunción de inocencia, como lo es la prisión preventiva.

Hoy en día vemos como los fiscales han hecho de la prisión preventiva su mejor arma para investigar y para calmar los ánimos de la sociedad, quienes al no ver que se otorgue el requerimiento de prisión preventiva de un supuesto delito consideran que el juez y al fiscal como parte de ese grupo criminal en caso de que le dejen en libertad al investigado. Es por ello, que casi siempre podemos observar que por todo y por casi nada los fiscales están siempre pidiendo prisión preventiva con plazos prolongados y excesivos, logrando así hacer parecer una condena anticipada en contra del condenado.

Es de conocimiento que por mandato expreso del artículo 268 del Código Procesal Penal (en adelante, también CPP) solo se debe dictar en casos extremos, en última ratio y de ser necesaria, por lo tanto, su cumplimiento debe ser de manera excepcional y no de forma general, es decir, la aplicación inadecuada de la prisión preventiva genera la vulneración del principio constitucional de la presunción de inocencia instaurada en nuestra Carta Magna.

Se tiene como objetivo en la presente investigación determinar si se está vulnerando el derecho de presunción de inocencia del investigado a través de la prisión preventiva.

De igual manera pretendemos explicar las condiciones que debe cumplir la prisión preventiva para que con ello no se vulnere el derecho de presunción de inocencia.

Ante esta realidad, la razón teórica por la cual se ha escogido este problema de investigación es debido a que resulta conveniente analizar la medida de prisión preventiva, la cual a su vez contiene dos de los derechos más importantes que estipula nuestra constitución, como es la libertad y la presunción de inocencia, de los cuales se desprenden una serie de derechos que se afectan conforme se aplica esta medida coercitiva en el tiempo, medida que debe ser necesariamente aplicada como última ratio y bajo el estricto cumplimiento de los requisitos penales y constitucionales estipulados en nuestro sistema jurídico penal y constitucional.

Desde el punto de vista social, la presente investigación se justifica ya que va a beneficiar a la población en general, especialmente a las personas que de una u otra forma se han visto relacionados con el mandato legal de prisión preventiva, asimismo, quienes vieron vulnerado sus derechos fundamentales, relacionado a la presunción de inocencia.

Desde el punto de vista práctico, la presente investigación busca aportar soluciones prácticas en el otorgamiento de la Prisión Preventiva, lo cual nos permitirá investigar las consecuencias que origina su otorgamiento. El análisis de este compendio nos servirá como una fuente de información de futuros estudios de investigación relacionados al problema de investigación.

En este contexto la presente investigación, además del planteamiento del problema, marco metodológico y marco teórico, propone tres secciones sobre el tema a estudiar: el primero está referido a las cuestiones preliminares, seguidamente se verá la vulneración del derecho constitucional de presunción de inocencia, con la aplicación del mandato de prisión preventiva, en el derecho comparado y, por último, la vulneración del derecho constitucional de presunción de inocencia, con la aplicación del mandato de prisión preventiva en el Perú.

2. Planteamiento del problema e hipótesis

- Problema principal

¿Se vulnera el derecho constitucional de presunción de inocencia con la aplicación de la medida de prisión preventiva?

Hipótesis del problema principal

Acorde a nuestro problema principal, nuestra posición es que no se vulnera el derecho constitucional de presunción de inocencia con la aplicación de la medida de prisión preventiva, siempre y cuando se cumplan los estándares debidos exigidos por nuestro sistema jurídico para la aplicación de esta medida.

- Problema conexo

¿Cuáles son los requisitos que debe cumplir la medida de prisión preventiva para no vulnerar el principio de presunción de inocencia del investigado?

- Hipótesis del problema conexo

Conforme al problema conexo, nuestra posición es que los requisitos que debe cumplir la medida de prisión preventiva para no vulnerar el principio de presunción de inocencia del investigado son los siguientes: a) Que existan fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo; b) Que la sanción a imponerse sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad; y c) Que el imputado, en razón a sus antecedentes y otras circunstancias del caso particular, permita colegir razonablemente que tratará de eludir la acción de la justicia u obstaculizar la averiguación de la verdad.

3. Marco metodológico

El tipo de trabajo de la presente investigación es de orden dogmático jurídico. Los métodos a aplicar son el método exegetico y el método dogmático.

Según Alberto Cajal (2021) refiere que el método exegetico se emplea cuando existe la necesidad de extraer el significado de una regulación legal, porque existen discrepancias en cuanto al significado de su contenido. El jurista que interpreta lo hace valiéndose del método para indagar en el sentido real de la disposición, para así acabar con la discrepancia.

El método exegetico consiste en la interpretación que se utiliza en el estudio de los textos legales y que se centra en la forma en la que fue redactada la ley o regulación por parte del legislador y es estudiada mediante el análisis de las reglas gramaticales y del lenguaje. Este método lo voy a aplicar en relación a la interpretación de las siguientes normas, esto es, el artículo 268 del Código Procesal Penal y el artículo 2, inciso 24), literal e) de la Constitución Política del Perú.

El método dogmático consiste en el estudio de la norma jurídica y el ordenamiento normativo jurídico, por lo que se basa, esencialmente, en las fuentes formales del derecho objetivo”. Mediante este método se estudia a fondo las instituciones jurídicas, pero de modo abstracto, es decir sin verificar su materialización en la realidad. Este método se aplicará para el análisis de la doctrina y jurisprudencia jurídica.

La herramienta de recolección de datos que se utilizará será el análisis documental, esta técnica se empleará para analizar y para evaluar los autos que resuelven el requerimiento de prisión preventiva en los juzgados de investigación preparatoria de la Corte Superior de Justicia de San Martín.

Asimismo, se emplearán instrumentos como el cuestionario para la recopilación de los criterios de los profesionales en derecho del distrito de Nueva Cajamarca y a los catedráticos de la Universidad Católica Sedes Sapientiae.

4. Marco teórico-normativo

La perspectiva de la que parto en esta investigación consiste en que existe una confrontación de dos instituciones jurídicas: el mandato de prisión preventiva y el derecho de presunción de inocencia, por lo que es necesario tener en consideración que la prisión preventiva, otorgada de manera irracional, sí vulneraría la presunción de inocencia, y la libertad del imputado, ya que la prisión preventiva debe ser impuesta como una medida de coerción personal de carácter excepcional. Por tanto, si su otorgamiento no se encuentra

fundamentado con racionalidad y proporcionalidad, se puede concluir que efectivamente afecta el principio de inocencia y la libertad del imputado.

En esta investigación resulta necesario aclarar ciertos conceptos básicos para comprender mejor el tema tratado. El primer concepto es el de la prisión preventiva, que es una medida cautelar personal de carácter excepcional que afecta el derecho de libertad personal durante un lapso de tiempo.

También es importante tomar en cuenta el concepto de presunción de inocencia, que es reconocido, como un principio derivado del debido proceso, reconocido por el legislador, con categoría de derecho fundamental, en el sentido que, a toda persona imputada, debe reconocérsele el derecho individual y ser considerado inocente, representando una garantía procesal inevitable para todos.

Como bien lo refiere Cubas (1997) el principio de presunción de inocencia es la máxima garantía del imputado y uno de los pilares del proceso penal acusatorio.

La relación de normas a analizar son las siguientes:

- Artículo 268 del Código Procesal Penal.
- Artículo 2, inciso 24), literal e) de la Constitución Política del Perú.

5. Cuestiones preliminares

5.1. La presunción de inocencia

La presunción de inocencia es una de las garantías fundamentales que posee toda persona imputada de la comisión de un delito, ya que se le considerará inocente en tanto no se establezca legalmente su culpabilidad, es por lo que se resguardará la presunción de inocencia, cualquiera sea el grado de verosimilitud de la imputación, pues se es inocente hasta que el Estado por intermedio de los órganos judiciales, pronuncie en una sentencia penal firme de culpabilidad y se le imponga una pena, producto de un juicio previo con las garantías del debido proceso.

La presunción de inocencia en el Perú tiene rango de derecho humano, por lo que no es posible desconocerla, ya que desconocerla implicaría violar no solo la norma constitucional peruana, sino las normas internacionales.

Como lo refiere Villavicencio Terreros (2009), la presunción de la inocencia se puede definir como un principio constitucional mediante el cual se permite proteger a las personas del ejercicio abusivo de la ejecución de la justicia en un país democrático,

permitiendo así que las personas sean consideradas inocentes hasta que se demuestre lo contrario, en estricto cumplimiento del debido proceso.

También es importante señalar que el principio de presunción de inocencia no es un beneficio legal a favor del imputado, sino que constituye un límite a la actividad sancionatoria del Estado. En ese orden de ideas, la presunción de inocencia:

- a) Es un derecho fundamental y una presunción *irius tantum*: Esto implica que todo procesado es considerado inocente mientras no se pruebe su culpabilidad; vale decir, hasta que no se actué prueba en contrario actuado dentro de un debido proceso y rige desde el primer momento en el que se imputa a alguien la comisión de un delito.

La presunción de inocencia es un derecho fundamental que obtiene una dimensión procedimental, por lo que tiene que ser respetada en el proceso penal, caso contrario sería ilegítimo e inconstitucional, ya que en este se produce una profunda injerencia en uno de los derechos más preciados de la persona, su libertad personal.

- b) Puede ser desvirtuada en función a la actividad probatoria en el marco de un proceso penal: La presunción de inocencia se mantiene “viva” en el proceso penal siempre que no exista una sentencia judicial que logre desvirtuarla.

Cordon Moreno (2002) establece que la garantía de los derechos fundamentales se asienta en el principio de libre valoración de la prueba en el proceso penal que corresponde actuar a los Jueces y Tribunales; es así que la sentencia condenatoria se fundamente en auténticos hechos de prueba, y que la actividad probatoria sea suficiente para generar en el Tribunal la evidencia de la existencia no solo del hecho punible, sino también la responsabilidad penal que en él tuvo el acusado y así desvirtuar la presunción.

El nuevo modelo de investigación está encomendado al Ministerio Público, ya que, este órgano es quien deberá conducir la investigación de los delitos, realizar las diligencias de investigación y ejercer la acción penal pública, cuando ello proceda, teniendo así la carga de la prueba y está obligado a destruir la Presunción de Inocencia del imputado, si es que pretende una sanción penal.

- c) Su carácter relativo justifica la imposición de medidas cautelares personales al imputado: El derecho fundamental a la presunción de inocencia no es un

derecho absoluto sino relativo, es por eso que en nuestro ordenamiento, se admiten determinadas medidas cautelares personales, sin que ello signifique su afectación, porque tales medidas sirven precisamente para esclarecer el hecho reprochado y por ello son imprescindibles para llevar a cabo un procedimiento penal orientado en principio propio de un Estado de derecho; siempre, claro está, que tales medidas sean dictadas bajo criterios de razonabilidad y proporcionalidad.

- d) Su relación con el *In dubio pro reo*: El principio de *In dubio pro reo* tiene como fin garantizar el completo respeto del derecho fundamental a la libertad individual, ya sea para resguardar su plena vigencia o para restringirlo de la forma menos gravosa posible, siempre teniendo en cuenta que dicha restricción es siempre la excepción y nunca la regla.

El *In dubio pro reo* y la presunción de inocencia se encuentran reconocidos por nuestra Constitución Política, en tanto que los límites entre ambos radican en que el *in dubio pro reo* tiene presencia cuando surge una duda que afecte el fondo del proceso operando como mecanismo de valoración probatoria, dado que en los casos donde se presente la duda razonable, deberá absolverse al procesado; y la presunción de inocencia está presente durante todas las fases del proceso penal así como en todas sus respectivas instancias, por la que se cree inocente al procesado en tanto no exista un medio de prueba evidente que demuestre lo contrario.

5.1.1. *Antecedentes internacionales*

Es de vital importancia establecer que el principal tema de la investigación, dentro del ámbito internacional, su génesis se encontró en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, tras surgir el eje rector de que bajo cualquier circunstancia, al acusado debe considerarse inocente hasta en tanto no exista sentencia ejecutoriada, con lo cual se abandonó cualquier práctica antigua de presunción de culpabilidad, aunado a que se considera al principio no solo como una garantía procesal, sino derecho humano de los sistemas democráticos a fin de limitar el abuso normativo posicionando mecanismos de defensa que permitan demostrar la inocencia de los acusados e instrumento de defensa contra actos de órganos que impartición de justicia.

En la Declaración Universal de las Naciones Unidas en su artículo 11, párrafo 2, refiere que, “toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en su artículo XXV menciona que “nadie puede ser privado de su libertad sino en los casos y según las formas establecidas por leyes preexistentes; en el artículo XXVI del mismo cuerpo normativo hace mención que se presume que todo acusado es inocente, hasta que se pruebe que es culpable”.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de fecha 19 de diciembre de 1966 en el artículo 14.2 refiere que “toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley”.

El respeto y tutela de la presunción de inocencia es un elemento primordial para una adecuada defensa, inherente a toda persona sujeta a proceso, desde su tramitación hasta el momento en que una sentencia condenatoria establezca su culpabilidad o una absolutoria decreta su libertad. Por lo cual, podemos decir que, para finales del siglo XX, los sistemas de justicia penal pasaron por una transformación que impulsó el desarrollo de los principios del sistema acusatorio, con el único fin de garantizar el justo o debido proceso penal, bajo determinados parámetros de protección que fuesen lo más favorable a la persona, en respeto irrestricto a los derechos humanos.

En este contexto de ponderación y convencionalidad, el principio de presunción de inocencia, como derecho humano, no es una idea, sino un derecho regulado en instrumentos jurídicos internacionales y nacionales.

5.1.2. *Antecedentes nacionales*

La presunción de inocencia puede ser considerada, como algunos opinan, la garantía madre. A partir de su correcta aplicación puede desenvolverse legítimamente un proceso penal, pues su efectiva vigencia en cuanto a derechos del imputado se vincula directamente con la calidad y carga de la prueba utilizable para condenarlo. En efecto, a partir de esta garantía, y solo si concurre plena prueba cuyo peso debe recaer necesariamente en la acusación, se podrá concluir con un juicio de culpabilidad que lleve a la condena de la persona a la cual se le formularon los cargos. En la actualidad, el desarrollo experimentado por esta garantía constitucional incluye también el derecho del acusado a ser tratado por todas las autoridades del Estado, no solamente dentro del proceso mismo que se le haya incoado, en concordancia con esta presunta inocencia, evitando incluso comentarios o referencias a su persona que pudieren implicar una suerte de juzgamiento anticipado.

La Constitución Política del Perú en su artículo 2, inciso 24, literal e), determina que “toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad”.

El Código Procesal Penal Peruano de 2004 dispone, en su artículo II del Título Preliminar, “que toda persona imputada de un hecho delictivo se considera inocente, y merece ser tratada como tal, hasta que se pruebe lo contrario en sentencia escrita y motivada de condición firme”.

La presunción de inocencia es una de las garantías fundamentales que posee toda persona imputada de la comisión de un delito, se le considerará inocente en tanto no se establezca legalmente su culpabilidad. Se resguardará la presunción de inocencia, cualquiera sea el grado de verosimilitud de la imputación, pues se es inocente hasta que el Estado, por intermedio de los órganos judiciales, pronuncie en una sentencia penal firme una declaración de culpabilidad y le imponga una pena, producto de un juicio previo.

Al respecto, el Tribunal Constitucional Peruano, mediante el Expediente 10107-2005-PHC/TC, ha señalado que:

El derecho fundamental a la presunción de inocencia no es un derecho absoluto sino relativo. De ahí que, en nuestro ordenamiento, se admitan determinadas medidas cautelares personales, como la detención preventiva o detención provisional, sin que ello signifique su afectación porque tales medidas sirven precisamente para esclarecer el hecho reprochado y por ello son imprescindibles para llevar a cabo un procedimiento penal orientado en principios propios de un Estado de derecho; siempre, claro está, que tales medidas sean dictadas bajo criterios de razonabilidad y proporcionalidad. Parte de esa relatividad del derecho a la presunción de inocencia se vincula también con que dicho derecho incorpora una presunción *iuris tantum* y no una presunción absoluta; de lo cual se deriva, como lógica consecuencia, que la presunción de inocencia puede ser desvirtuada o destruida mediante una mínima actividad probatoria. (2005)

5.1.3. *El principio de presunción de inocencia y las garantías para su protección*

Benavente (2009) considera a la presunción de inocencia como una garantía individual, a favor de las personas, que exige que sea ante la autoridad que esté y ante el procedimiento que se le sujete, no se considere verosímil la atribución de cargos relacionados con la comisión de los delitos, salvo decisión contraria emitida por un tribunal competente dentro de la observancia del debido proceso, así como el ser considerados como excepcionales aquellas medidas que restringen la libertad del imputado o sus demás derechos constitucionales.

Siguiendo la idea de este autor, se puede mencionar que hasta que no se compruebe que el imputado es el autor de un determinado hecho que puede ser un delito o no, no se le puede acusar o señalar como culpable, salvo que el litigio sea resuelto de acuerdo a ley y en base a los medios probatorios presentados se dicte la resolución que declara su culpabilidad. Además este autor refiere que el punto más resaltante es considerar como excepción las medidas que restringen el derecho a la libertad o demás que tengan el carácter constitucional.

En la actualidad se ha logrado evidenciar que la sociedad suele considerar culpables a todos aquellos imputados que se encuentran con una medida de prisión preventiva, situación que genera graves consecuencias y mermas en su dignidad y efectiva inserción en la sociedad, pues una vez revocada la medida, la forma en que será tratado una vez salga del presidio, no será igual y por ende existe la posibilidad que sea aislado solo por el hecho de haberse encontrado bajo esa situación.

En nuestro país la presunción de inocencia se encuentra regulada tanto a nivel constitucional como de garantía del proceso penal. En ese sentido, la encontramos en el artículo 2, inciso 24, literal e) de la Constitución Política, el mismo que prescribe: “Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad”.

Siendo así, el máximo intérprete de la Constitución, el Tribunal Constitucional ha dejado claro en su sentencia N. 00156-2012-PHC/TC, en su considerandos 45, lo siguiente: “Como regla de juicio, la presunción de inocencia impone que para declarar la responsabilidad penal de una persona ‘se requiere de una suficiente actividad probatoria de cargo, obtenida y actuada con las debidas garantías procesales’”. Desde esta perspectiva, “la presunción de inocencia determina que no puede trasladarse la carga de la prueba a quien precisamente soporta la imputación, pues eso significaría que lo que se sanciona no es lo que está probado en el proceso o procedimiento, sino lo que el imputado, en este caso, no ha podido probar como descargo en defensa de su inocencia”.

5.2. La prisión preventiva

En el marco del proceso, la prisión preventiva, como medida cautelar, está llamada a ser una medida de última ratio y, por tanto, excepcional.

La prisión preventiva es una privación legal de libertad impuesta sobre una persona como medida de precaución con el único fin de garantizar una efectiva investigación del delito al que se vincula al imputado, su juzgamiento y su eventual cumplimiento de la pena.

La prisión preventiva es, sin duda, la más grave y polémica de las resoluciones que el órgano jurisdiccional puede adoptar en el transcurso de un proceso penal. Ya que al no haber sido todavía condenado se debe presumir la inocencia de imputado. Desde esa perspectiva se puede discutir la posibilidad que la imposición de la prisión preventiva conlleva a una afectación a la presunción de inocencia, y es que es esta circunstancia uno de los principales obstáculos en la aplicación de la prisión preventiva.

En este sentido, el jurista Cubas Villanueva (1997) sostiene que la prisión preventiva, consiste en la privación del imputado de su derecho fundamental, esto es, la libertad ambulatoria, ya que mediante su ingreso a un Establecimiento Penitenciario donde también se encuentran los presos sentenciados, aparejando la calidad jurídica, pese a que aún no se le ha declarado su culpabilidad, situación que vulnera la libertad ambulatoria y la presunción de inocencia del imputado.

Esta situación ha generado muchas controversias, y en la doctrina se encuentran quienes afirman que esta medida constituye la más evidente contradicción con el principio de presunción de inocencia que ampara al imputado, y, por otro lado, otro sector quienes afirman que, al no cumplir finalidades de la pena, no podría sostenerse que es contraria al principio de presunción de inocencia.

Frente a esta problemática, Missiego (2021) refiere que el mandato de prisión preventiva implica la pérdida de la libertad ambulatoria de una persona que se encuentra inmersa en un proceso penal, en el cual se está decidiendo si es o no responsable penalmente de los hechos por los cuales, según el estado en que se encuentre el proceso, se le investiga, acusa y juzga. Esto quiere decir que, al momento de dictarse la medida, la persona no tiene una sentencia condenatoria en su contra. A su vez, dicho mandato trae consigo que el sujeto sea internado en un penal, por un plazo determinado, mientras se resuelve su situación jurídica en el proceso.

En la actualidad existe un uso excesivo de la prisión preventiva y escasa cultura de emplear las medidas alternativas de la prisión preventiva, lo que desestabiliza la institución judicial. Este exceso puede deberse a una gran cantidad de razones: de índole política, económica, social, búsqueda de la seguridad social. Solo imponer castigos o hacer uso indiscriminado de la prisión preventiva para demostrar de ese modo poder, no es constitucionalmente ético.

En palabras de Mendoza Ayma (2015), combatir la delincuencia basándose en el dolor del delincuente degrada la dignidad del ser humano.

Últimamente la aplicación de la prisión preventiva como respuesta al clamor popular se desvía completamente de la naturaleza jurídica de la imposición de tal medida.

Pretender hacer creer a la sociedad que por el hecho de que las autoridades dicten medidas de prisión preventiva están garantizando nuestra seguridad es un grave error, pues se impone tal medida sin comprobar objetivamente los requisitos exigidos por ley, siendo esta una vulneración al principio fundamental de todas las personas, esto es, la presunción de inocencia.

El uso excesivo desnaturaliza la medida cautelar personal porque puede seguir finalidades distintas a lo establecido. Garland (1999, p. 226) afirma que “aún persiste en nuestra sociedad la urgencia de castigar por castigar”. Sin duda, el aporte que brinda el autor en referencia clara a la prisión preventiva tiene plena vigencia en nuestra actual sociedad. La prisión preventiva parece haberse convertido en una desesperada urgencia de privar la libertad por privar, no porque realmente concurren los presupuestos de la prisión preventiva, sino porque de ese modo se quiere hacer entender a nuestra sociedad el funcionamiento efectivo de la administración de la justicia y de ese modo calmar a los ciudadanos.

5.2.1. *Características de la prisión preventiva*

- a) Instrumentalidad: La prisión preventiva es instrumental, debido a que no constituye un fin, sino un medio para poder lograr un debido proceso. Al respecto, cabe resaltar que esta característica es excepción, debido a que se dará si cumple a cabalidad los presupuestos establecidos en la norma y se busque evitar el peligro procesal.
- b) Provisionalidad: Esta característica supone que, básicamente, la prisión preventiva debe subsistir durante el tiempo estrictamente necesario y no puede ser definitiva. Tiene además carácter instrumental y provisional, dado que, en cuanto desaparecen los presupuestos o motivos que llevaron a su adopción, se procederá a su revocación.

Al respecto, Cerquin (2018) señala que en la fase referente a la actividad probatoria, se genera información que, de alguna u otra manera, merma la alta probabilidad de que el imputado esté vinculado a la comisión o haya sido partícipe del delito en cuestión, entonces podrá salir en libertad o cabe la posibilidad de que se le atribuya una medida de comparecencia simple o restringida; sin embargo, también puede ocurrir que a lo largo del juicio no surja algún dato que haga desvirtuar alguno de los presupuestos de la prisión preventiva, entonces la duración de la medida deberá cumplirse hasta el plazo establecido en la norma procesal o en el plazo razonable.

- c) Variabilidad: Esta característica de la prisión preventiva se refiere al cambio que puede darse a través durante el proceso, puede darse para el procesado mediante comparecencia simple o restringida, o viceversa.

Esta característica se aplica cuando es de naturaleza transitoria, es decir si se aplica una medida complicada debe cambiarse por otra medida que se ajuste a la realidad y la norma respetando la libertad. De lo contrario si esta no se adecua a su realidad debe revocarse teniendo en cuenta los presupuestos materiales y constitucionales para ser reemplazado.

- d) Temporalidad: Esta característica es el tiempo establecido por el Legislador, en nuestra norma procesal la misma que indica con claridad la duración de la prisión preventiva, la cual no será mayor de nueve meses y tratándose de delitos complejos no será mayor de dieciocho meses, con las posibilidades de prolongación. Para que se dé dicha prolongación se requiere de una argumentación por parte del representante del Ministerio Público como titular de la acción penal.
- e) Excepcionalidad: Esta característica se debe prestar mayor atención, debido a que se encuentra referida únicamente a la aplicación con fines procesales, los cuales deben ser sustentados en razones de pleno derecho y de ningún modo de otra naturaleza.
- f) Proporcionalidad: Esta característica se debe tener en cuenta al momento de la verificación de la imposición de la medida cautelar, es decir, la prisión preventiva debe resultar indispensable, idónea y proporcional.

Robert Alexy (2021) hace una diferencia entre principios y reglas, señalando que las reglas se subsumen a los presupuestos de hecho y que al no existir concordancia entre estas, se aplica mediante la regla de validez y los principios como optimizadores de las reglas, frente a un determinado conflicto.

5.2.2. Principios que demarcan la aplicación de la prisión preventiva

El Tribunal Constitucional, en diferentes sentencias, siguiendo la doctrina vigente internacionalmente en nuestros tiempos, como la dictada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha señalado, que una medida como esta, se encuentra sujeta a diversos principios de observancia estricta, como son entre otros, los siguientes:

- a) Principio de legalidad: Este es considerado como un principio fundamental que presta las garantías necesarias de la libertad interviniendo cuando no

exista la garantía necesaria en protección del Estado del debido proceso. Donde las garantías de ley se establecen o conceden a toda persona detenida. Asencio (2017) afirma que la separación de estos requisitos hace imposible su amparo, por lo que es completamente necesario aplicar las normas legales establecidas en los artículos del código procesal penal.

- b) Principio de razonabilidad: Este principio es aquel que tiene la potestad de ejercer el derecho de toda persona y las obligaciones, teniendo en cuenta el razonamiento, por lo que se debe tener en cuenta los valores mínimos, así como, la determinación de los valores sociales que imperan y la eficacia de la toma de decisión.

Al respecto de este principio, Bovino (2017) afirma que es injusta una detención preventiva, cuando esta medida no cumple con criterios de razonabilidad que la sustenten, convirtiéndose así esta aplicación en una violación de derechos humanos.

- c) Principio de excepcionalidad: Este principio se plantea como un régimen restrictivo en el ámbito de los derechos, en la cual solo deben utilizarse en caso exclusivo teniendo en cuenta la parte rigurosa y la naturaleza del proceso, asimismo, este principio es importante para el órgano jurisdiccional porque aporta medidas cautelares para cumplir con la investigación.

Jauchen (2016), al respecto, considera tener en cuenta una coerción personal restrictiva o privativa, a la excepción, teniendo en cuenta el delito que se ha cometido y no se ponga en peligro la eficacia de la investigación y la práctica aplicación de la ley penal; donde el imputado pueda frustrar la investigación dándose a la fuga, por lo tanto, cualquier falta cometida en contra de las normas legales es inconstitucional.

- d) Principio de proporcionalidad: Este principio es relevante, ya que se acepta que no existen derechos absolutos, debido a que para cada derecho existe una determinada limitación; lo que busca principalmente este principio es encontrar la forma y requisitos para limitar una acción o determinada medida, con la única finalidad de tutelar los derechos fundamentales, es por ello que el fiscal y el juez para limitar un derecho fundamental, como es la presunción de inocencia, deberá examinar razonablemente basándose en el principio de proporcionalidad y atendiendo que la medida de prisión preventiva es una excepción.

En este sentido, Carbonell (2008) hace referencia que el principio de proporcionalidad es el más conocido y recurrente, ya que es considerado

como “límite de los límites” a los derechos fundamentales, suponiendo una medida o barrera frente a intromisiones indebidas en el ámbito de los propios derechos. Es necesario mencionar que la prisión preventiva, al ser una medida que vulnera la presunción de inocencia *si* no se cumple con los requisitos establecidos, por lo que es de suma importancia que el principio de proporcionalidad, determine un límite, ante el uso irracional de ciertas medidas que van en contra de derechos constitucionales.

5.2.3. *Requisitos para la aplicación de la prisión preventiva*

Entrando ya a la aplicación de la prisión preventiva, encontramos que un primer punto que vale resaltar del marco legal peruano es que no contempla una relación de delitos excarcelables, y por tanto deja siempre abierta la posibilidad de que el juez imponga medidas cautelares alternativas a la prisión preventiva que sean igualmente efectivas para contrarrestar el grado de riesgo procesal de cada caso concreto.

El artículo 268 del NCPP - 2004 señala expresamente los requisitos, denominados presupuestos materiales, que sustentan la aplicación de la prisión preventiva como medida cautelar sin distinción de delitos. Así, el juez de investigación preparatoria deberá analizar los hechos según lo expuesto por el fiscal y la defensa para determinar la existencia de tres presupuestos de forma concurrente y obligatoria:

1. Que existen fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe de este.
2. Que la sanción por imponerse por el caso concreto sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad.
3. Que los antecedentes y otras circunstancias del caso particular permitan colegir razonablemente que el imputado tratará de eludir la acción de la justicia (peligro de fuga) u obstaculizará la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización).

- **Existencia de fundados y graves Elementos de Convicción**

Una vez determinados los presupuestos constitutivos del tipo penal invocado, corresponde analizar la existencia de indicios razonables y objetivos sobre la existencia del hecho y la participación del imputado en el mismo, en alguno de los grados de participación criminal establecidos por la ley penal sustantiva; o lo que es lo mismo, debe de apreciarse indicios racionales sobre su participación en el hecho que se imputa.

El autor Cáceres (2014) menciona que “es necesario contar con datos y/o graves y suficientes indicios procedimentales lícitos del material instructorio en su conjunto de que el imputado está involucrado en los hechos”. No puede exigirse, desde luego, una calificación absolutamente correcta, sino racionalmente aproximativa al tipo legal referido. Asimismo, han de estar presentes todos los presupuestos de la punibilidad y de la perseguibilidad (probabilidad real de culpabilidad). Los indicios mínimos son aquellos que establecen la participación en el delito, entendidos como todo rastro o vestigio que nos permita presumir la participación del imputado sujeto a la acción penal. Estos indicios permiten establecer las circunstancias fácticas capaces de determinar la vinculación del imputado con el delito que se le atribuye. Sobre estos se construye la imputación.

En este orden de ideas, se debe entender correctamente que los llamados elementos de convicción deben estar referidos a la acreditación de una estimación razonable respecto de la comisión de un delito y la intervención del imputado como autor o partícipe, sobre la base de la valoración del material inicial aportado por el fiscal. Pensamos que esta convicción o estimación constituye una probabilidad y no una certeza respecto de la comisión de un delito y la vinculación del imputado como autor o partícipe. Exigir un nivel de certeza acerca de los hechos imputados y la vinculación del investigado en esta etapa inicial del proceso sería una suerte de adelantamiento de los efectos de la sentencia.

- **Pena privativa de libertad mayor a 4 Años**

El artículo 268, literal b, del Código Procesal Penal, establece como uno de los presupuestos materiales que “la sanción a imponerse sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad”.

Se trata de un límite penológico por medio del cual el legislador ha impuesto como condición que la prisión preventiva tiene que ser mayor a los 4 años de pena privativa de libertad. Estamos ante una evaluación de la pena abstracta. Lo que establece el párrafo precitado, es lo que se denomina una prognosis de la pena abstracta. Ello busca establecer un quantum impositivo por el cual solo los delitos de mayor gravedad serán aquellos en donde se podrá imponer la prisión preventiva, siempre y cuando concurren en forma copulativa los demás presupuestos materiales.

Al respecto, la jurisprudencia señala: En aplicación del principio de legalidad, y dadas las circunstancias antes descritas se prevé que la pena para efectos estrictamente cautelares no será superior a los cuatro años, por lo cual al no concurrir uno de los presupuestos materiales para ordenar la prisión preventiva estipulado en el artículo 268 del Código Procesal Penal, entonces debe revocar la resolución venida en grado y

reformándolo se debe dictar comparecencia con restricciones que es una medida cautelar menos gravosa a la prisión preventiva.

- **Peligro procesal**

El peligro procesal resulta esencial en la determinación de la prisión preventiva. Al respecto, la sentencia de la Corte Suprema refirió: “el peligro procesal es el elemento más importante para valorar en un auto de prisión preventiva”. En otras palabras, para decidir si hay mérito o no para fundar una prisión preventiva son el peligro procesal y la proporcionalidad de la medida, los mismos que, en cada caso concreto, deben ser analizados con la mayor rigurosidad posible para evitar la vulneración de principios fundamentales.

Si la prisión preventiva se funda en otros temas sobre los cuales su centro de discusión no versa sobre los peligros procesales. Entonces, podemos afirmar que existe una desnaturalización y que se pervierte el Derecho. Ello, sin duda, supone un grave atentado contra los derechos esenciales de todos los ciudadanos, en especial al trato digno y de inocente que debe tener el imputado. Es decir, la prisión preventiva no debe verse mediada por la condición económica, ni el estatus social, ni del nivel educativo del imputado; sino de la conducta peligrosa la cual puede haber sido puesta en marcha antes o durante el proceso a raíz de la presunta conducta punible.

6. Vulneración del derecho constitucional de presunción de inocencia, con la aplicación del mandato de prisión preventiva, en el derecho comparado

6.1. Chile

Es conveniente analizar la forma en que esta medida se viene desarrollando a nivel internacional, pues si bien existen normas de carácter vinculante para todos los países, también es cierto que cada estado posee un ordenamiento único que el Nuevo Código Procesal Penal contempla, en el título V del libro I, una serie de medidas que engloba bajo la denominación genérica de medidas cautelares personales. En estricto rigor es discutible que todas se encuadren en lo que en doctrina se reconocen como medidas cautelares personales según los criterios y presupuestos ya esbozados.

Según Marín (2002), refiere que más allá de esta cuestión doctrinal lo relevante en esta materia es resaltar que el legislador procesal ha creado un sistema en torno a la

procedencia de estas medidas, estableciendo un claro orden de prelación en su aplicación, los fines y alcances de las mismas y la continua revisión de los presupuestos que en su momento tuvo presente el tribunal al concederlas. Del mismo modo, el legislador ha establecido importantes principios que deben guiar la actuación del juez al momento de pronunciarse por la solicitud de alguna de estas medidas, y que inspiran la aplicación práctica de las mismas.

Ahora bien, los principios básicos se encuentran contenidos en el título I del libro I del Nuevo Código Procesal Penal chileno. También el art. 4 consagra el relativo a la presunción de inocencia bajo la fórmula de presunción de no culpabilidad, el cual prescribe: “Presunción de inocencia del imputado. Ninguna persona será considerada culpable ni tratada como tal en tanto no fuere condenada por una sentencia firme”

Reconocemos que vincular la presunción de inocencia con una crítica del uso de la prisión preventiva es numeroso. Ello no implica, de todos modos, que sea correcto. Creemos que no puede hablarse de presunción de inocencia en el marco de la prisión preventiva, debido a que la presunción de inocencia se vincula a la racionalidad de la sentencia, donde debe decidirse si el imputado es o bien culpable o bien inocente. El dilema central al que se enfoca la presunción de inocencia es a la imposibilidad de condenar a un inocente en el momento en que pueda decidirse si el imputado es o no inocente y reciba correlativamente una pena. Derivado de este impedimento la noción de “inocente” obliga a un determinado trato durante un proceso penal. Es claro que el inocente que es llevado al proceso como imputado no tiene a su favor las mismas intuiciones que quien se encuentra completamente desvinculado del mismo.

6.2. México

En la ley 94 de 1938 (Diario Oficial número 23801 del 13 de junio de 1938), en el título preliminar de este Código, se contemplaban siete artículos relacionados con la legalidad del proceso, la captura en flagrancia, la favorabilidad, la autoridad que concede la rebaja de la pena y la aplicación de normas del procedimiento civil, ninguna referencia expresa se consigné en torno a la idea de la presunción de inocencia. Con posterioridad, el Decreto 409 de 1971, en el título de normas generales, se hizo referencia a la legalidad el proceso, el orden superior y responsabilidad penal, la garantía de ciertos derechos individuales las obligaciones civiles, la aprehensión en flagrancia y el principio de favorabilidad, en estas normas de procedimiento penal de 1971 tampoco existió un reconocimiento expreso del principio de la presunción de inocencia. A continuación el Decreto 2700 de 1991, a través del cual se dictaron las normas de procedimiento penal, por el Presidente de la República en uso de las facultades que le confiere el literal a) del

artículo transitorio 5, del Capítulo 1 de las disposiciones transitorias de la Constitución Política de Colombia de 1991, se consagró puntualmente la garantía así: artículo 2. Presunción de inocencia. En desarrollo de las actuaciones penales prevalece el principio de la presunción de inocencia según el cual toda persona se presume inocente, y debe ser tratada como tal mientras no se produzca una declaración judicial definitiva sobre su responsabilidad penal” Luego el código de procedimiento penal (Ley 600 de 2000) hace también un reconocimiento expreso de la siguiente forma: artículo 7 Presunción de inocencia. “Toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal mientras no se produzca una sentencia condenatoria definitiva sobre su responsabilidad penal”.

En las actuaciones penales toda duda debe resolverse en favor del procesado. Únicamente las condenas proferidas en sentencias judiciales en firme tienen la calidad de antecedentes penales y contravencionales. Y finalmente, el vigente Código de Procedimiento Penal para Colombia —Ley 906 de 2004— desarrolla el actual sistema de tendencia acusatoria, consagró también en el artículo 7 del Título Preliminar “Principios rectores y garantías procesales”, la presunción de inocencia en los siguientes términos. “Toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal, mientras no quede en firme decisión judicial definitiva sobre su responsabilidad penal”. En consecuencia, corresponderá al órgano de persecución penal la carga de la prueba acerca de la responsabilidad penal. La duda que se presente se resolverá a favor del procesado.

En ningún caso podrá invertirse esta carga probatoria; para proferir sentencia condenatoria deberá existir convencimiento de la responsabilidad penal del acusado, más allá de toda duda. Como se observa de esta breve descripción, ni en la Ley 94 de 1938, ni en el Decreto 409 de 1971, expedidas bajo la vigencia de la Constitución Política de 1886, se contempló entre sus principios y garantías procesales a la Presunción de inocencia.

Nótese cómo a partir de la vigencia de la actual Carta Política la regulación procesal en el ámbito de lo penal no solo consagra la garantía de la presunción de inocencia, sino que además la reformula constantemente: en concreto, de manera inicial en el Decreto 2700 de 1991 estipula la presunción de inocencia bajo la versión de principio y de regla de tratamiento; luego, la Ley 600 de 2000 le adiciona la versión de regla de juicio; y finalmente el actual código de procedimiento penal, reúne todas las versiones de la presunción de inocencia como principio, regla de tratamiento, regla probatoria y regla de juicio y de manera muy especial la vincula con el estándar de prueba del conocimiento más allá de toda duda.

7. Vulneración del derecho constitucional de presunción de inocencia, con la aplicación del mandato de prisión preventiva, en el Perú

Cesar Nakazaki (2018), en una entrevista, afirmó:

Para medir la libertad de una sociedad, hay dos termómetros, la prisión preventiva y el habeas corpus, si funciona la prisión preventiva y funciona el habeas corpus, una sociedad puede estar tranquila, porque se respeta la libertad; ergo si falla el habeas corpus y se abusa de la prisión preventiva, entonces la libertad en una sociedad no se respeta.

En esa misma línea de pensamiento podemos referir que el otorgamiento de una prisión preventiva, sin que se haya configurado una sentencia firme que declare la culpabilidad del imputado, es inconstitucional, porque se presume la inocencia del mismo hasta que no se demuestre lo contrario. Si esta medida se aplica de manera irracional, acarrea efectos perjudiciales, irreversibles e irreparables, afectando así la presunción de inocencia del imputado. Es por ello que comporta la exclusión de cualquier medida que conlleve coerción en contra de la libertad personal, por lo que este derecho constitucional se ve mancillado cuando se efectiviza la misma antes de una sentencia firme.

La libertad del imputado en un proceso penal es la regla general, siendo una excepción la aplicación de la prisión preventiva, ya que la vulneración del principio constitucional de presunción de inocencia anterior a la sentencia condenatoria solo recae en un carácter excepcional.

El Código Procesal Penal le otorga al juez de investigación Preparatoria la tarea de controlar la función investigadora que realiza el representante del Ministerio Público, concretamente referidos a los plazos, el tratamiento digno y que esté adecuado a las normas procesales a las que se rigen durante el proceso. En razón de ello, el imputado que considere que han vulnerado sus derechos procesales en la etapa de investigación, puede acudir al juez para que proceda conforme a ley.

Frente a ello, Miranda (2005) señala que el ejercicio de las funciones del juez no debe limitarse a convalidar formalmente las solicitudes que realiza el Ministerio Público, sino que debe asumir un papel activo en la defensa de los derechos del imputado y de las demás partes. De ahí que el juez no puede convertirse en un simple juez espectador, ya que a él se le atribuye el control judicial de la investigación llevada a cabo por el fiscal

debiendo ser efectivo para que realmente cumpla con la función de garantía que tiene encomendada y para que el nuevo sistema procesal sea operativo y conforme a ley.

Compartimos la idea de Miranda mediante la cual el juez de Investigación Preparatoria, como guardián de las garantías procesales y los derechos que le asiste al imputado y la víctima, de oficio, debe examinar si el requerimiento de la medida de prisión preventiva se encuentra dentro de los alcances de la norma procesal penal, y si cumple con el test de proporcionalidad, teniendo en cuenta que tiene carácter excepcional y de última ratio.

7.3. Derecho a la presunción de inocencia como límite a la prisión preventiva

Por límite se entiende aquella línea que no puede ser atravesada, y con esto no se pretende alegar que la presunción de inocencia prohíbe a que se dicte el mandato de prisión preventiva. Es importante hacer esta aclaración porque, cuando hablamos de prohibición, hacemos referencia a una imposición y en el presente caso lo que se pretende informar es cómo influye el derecho de presunción de inocencia en la decisión de dictar la medida de prisión de preventiva; puesto que hace crear un debate entre salvaguardar el derecho de la libertad ambulatoria del imputado o asegurar los fines del proceso penal.

En atención a la influencia que causa el derecho de presunción de inocencia en la decisión del juez, Jiménez (2008) afirma que la presunción de inocencia no solo avala que se evite condenar de hecho y previamente a un individuo sin las pruebas suficientes; obliga a la autoridad a cargo de hacer respetar la ley a realizar una investigación profesional, científica y exacta para la comprobación de los hechos posiblemente delictivos y a efecto de delimitar las responsabilidades oportunas.

7.4. Aplicación irracional e innecesaria de la prisión preventiva

Durante mucho tiempo hemos aspirado a una correcta y eficiente administración de justicia y esto implica el buen desempeño de los magistrados en su ejercicio profesional basado en principios, valores y respeto a las normas, Constitución y Tratados Internacionales adscritos al Perú. Por otro lado, también aspiramos a que toda persona acusada de la comisión de un hecho delictual sea declarada culpable, siempre y cuando se haya realizado un riguroso debido proceso, que atañe a seguir una investigación orientada al esclarecimiento de los acontecimientos sucedidos y a la comprobación de estos por parte de los fiscales.

Para el presente caso, corresponde hacernos la siguiente pregunta: ¿la medida de prisión preventiva está siendo utilizada racional y necesariamente? Lo ideal es que esta se aplique racionalmente, con el objeto de garantizar la contribución a una correcta administración de justicia. Caso contrario, se estaría atravesando esa línea que limita a dictar la medida de prisión, preventiva vulnerando así la presunción de inocencia y la libertad, que son derechos fundamentales de las personas como lo precisamos anteriormente.

Al respecto, Bacigalupo (2002) indica que el respeto de los derechos fundamentales fijados por la Constitución Política en el ámbito del proceso penal sirve como baremo para establecer el carácter bilateral o autoritario de un Estado, es decir, que ante cualquier decisión por parte de una autoridad está el respeto irrestricto de los derechos fundamentales.

Una aplicación irracional e innecesaria de la prisión preventiva se da cuando esta última se dicta sin un análisis exhaustivo exigido por la Ley; es decir, no se evalúa si se cumple con los presupuestos establecidos en el Art. 268 del Código Procesal Penal y la utilizan como si la privación de la libertad del procesado determinaría una adecuada administración de justicia, deviniendo en injustificable.

8. Conclusiones

El principio constitucional de inocencia es una garantía fundamental que impide tratar como culpable a quien se le imputa un hecho punible hasta que se dicte en su contra una sentencia firme que rompa su estado de inocencia. La presunción de inocencia no es solo una garantía de libertad y trato de inocente, sino también es una garantía que implica la seguridad que aplica la no injerencia por parte del Estado a nuestra esfera de libertad de manera arbitraria.

La prisión preventiva se aplica de manera excepcional y es estrictamente necesaria a los fines del proceso, quedando proscrita toda finalidad preventiva de la pena. Su aplicación es subsidiaria, debido a que tenemos la posibilidad de utilizar medidas menos gravosas.

La prisión preventiva en tanto privación de libertad, de carácter excepcional, debe ser adoptada mediante resolución judicial motivada. Aún existen prácticas inquisitivas que siguen usando o abusando de la prisión preventiva, vulnerando el principio de excepcionalidad, de proporcionalidad y de plazo razonable, dejando en jaque su legitimidad y efectividad; convirtiéndose en una verdadera pena anticipada que crea masas de presos sin condena. Esto, sin duda, debe ser desterrado. La medida de prisión preventiva debe ser utilizada cumpliendo siempre los requisitos establecidos en la norma.

Referencias

- Alexy, R. (2021). *Principios y reglas: Diferencias y aplicaciones*. Editorial X.
- Asencio, D. (2017). *Contra la inocencia, Justicia Penal y Derechos Humanos*. Editores del Puerto.
- Bacigalupo, E. (2002). *Justicia penal y derechos fundamentales*. Marcial Pons. <https://www.deleyes.pe/articulos/el-principio-de-presuncion-de-inocencia-realmente-se-ve-vulnerado-con-la-prision-preventiva>
- Benavente, H. (2009). El derecho constitucional a la presunción de inocencia como garantía individual. *Revista de Derecho Constitucional*, 7(1), 59-89.
- Bovino, A. (2017). *La problemática de la Detención en la Jurisprudencia Penal*. Editorial Gaceta Jurídica.
- Carbonell, M. (Coord.) (2008). *El principio de proporcionalidad y la protección de los derechos fundamentales*. Comisión Nacional de Derechos Humanos. <http://quijote.biblio.iteso.mx/catia/LibrosElectronicos/cat.aspx?cmn=browse&id=294885>
- Caceres Julca, R. y Luna Hernández, L. (2014). *Las medidas cautelares en el proceso penal*. Jurista Editores.
- Cajal Flores, A. (2021, 6 de enero). Método exegético. Lifeder. <https://www.lifeder.com/metodo-exegetico/>
- Cerquin, K. D. (2018). *La prisión preventiva y la sobrepoblación carcelaria en el Establecimiento Penitenciario de Lurigancho, en el año 2017* [Tesis para obtener el título profesional de abogada, Universidad César Vallejo]. <https://repositorio.ucv.edu.pe/handle/20.500.12692/22924>
- César Nakazaki. (2018). Prisión Preventiva - Charla de café [Video]. YouTube. <https://www.youtube.com/watch?v=O06ufadTbu4&t=1s>
- Cordon Moreno, F. (2002). *Las Garantías Constitucionales del Proceso Penal*. Aranzadi.
- Cubas, V. V. (1997). *El Proceso Penal. Teoría y Práctica*. Palestra.
- Garland, D. (1999). *Castigar y asistir*. Siglo XXI Editores.
- Jauchen, E. M. (2016). *Tratado de la Prueba en Material Penal*. Rubinzal Culzoni Editores.
- Jiménez, A. (2008). *El supremo poder conservador, presunción de inocencia: El régimen constitucional Mexicano frente al derecho internacional de los derechos humanos y ¿Un gobierno de gabinete en México?* [Tesis de maestría, Universidad Latina de América].

- Ley 94 de 1938 (Junio 13). Código de Procedimiento Penal.* (2020). Editorial Universidad del Rosario. <https://editorial.urosario.edu.co/ley-94-de-1938-junio-13-codigo-de-procedimiento-penal-editorial-universidad-del-rosario.html>
- Marín, J. C. (2002). Las medidas cautelares en el nuevo código procesal penal chileno. Apuntes de Diplomado, Centro de Estudios de la Justicia, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.
- Mendoza Ayma, F. (2015). Combatir la delincuencia calculando en el dolor del delincuente degrada la dignidad del ser humano. Zela Grupo Editorial.
- Miranda Estrampres, M. (2005). El juez de garantías vs. El juez de instrucción en el sistema procesal penal acusatorio. *Revista Peruana de Ciencias Penales*, (17).
- Missiego, J. (2021). Uso y abuso de la prisión preventiva en el proceso penal. *Revistas Ulima*. https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Ius_et_Praxis/article/view/5073
- Naciones Unidas. (1948). Declaración Universal de los Derechos Humanos. Asamblea General de las Naciones Unidas. <https://www.un.org/es/about-us/declaracion-universal-de-derechos-humanos>
- Organización de las Naciones Unidas. (1976, 23 de marzo de). Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. <https://www.refworld.org/es/docid/5c92b8584.html>
- Organización de los Estados Americanos. (1948). Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos. https://www.oas.org/dil/esp/declaraci%C3%B3n_americana_de_los_derechos_y_deberes_del_hombre_1948.pdf
- Sentencia N. 10107-2005-PHC/TC. (2005). Tribunal Constitucional Peruano. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/10107-2005-HC.pdf>
- Sentencia N. 00156-2012-PHC/TC. (2012). Tribunal Constitucional Peruano. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/00156-2012-HC.pdf>
- Villavicencio Terreros, F. A. (2009). *Derecho Penal Básico. Parte General*. Pontificia Universidad Católica del Perú. <https://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/170674/03%20Derecho%20penal%20b%C3%A1sico%20con%20sello.pdf>



LA MINERÍA EN EL PERÚ: UN ARMA DE DOBLE FILO PARA EL PROGRESO NACIONAL

*Eduardo A. Manrique Herrera**
Universidad Católica Sedes Sapientiae
eduardomanrique2020@gmail.com

*Hugo S. Cuadros Rodríguez***
Universidad Católica Sedes Sapientiae
hscuadrosr@gmail.com

Resumen: En el presente artículo, los autores analizan la actividad minera en el Perú, considerada, a criterio de quienes suscriben, como el motor del crecimiento de la economía peruana. La minería siempre se encuentra en conflicto con la sociedad, puesto que cierto sector de esta actividad genera contaminación ambiental, y no siempre la minería ilegal es la causante de ello. Se analiza los dos filos de la minería, aquella minería buena que genera progreso en el Perú, y el otro filo que no solo causa daño al medioambiente sino también es generadora de delitos que vulneran la paz del pueblo peruano. En esta investigación se aborda, además, temas de suma importancia como la sostenibilidad minera en el Perú, así como el derecho comparado que genere en el lector una mayor visión sobre la minería.

Palabras clave: Minería, minería ilegal, minería informal, sostenibilidad, medioambiente, contaminación ambiental, delitos.

MINING IN PERU: A DOUBLE-EDGED WEAPON FOR NATIONAL PROGRESS

Abstract: In this article, the authors analyze mining activity in Peru, considered, in the opinion of the undersigned, as the engine of growth of the Peruvian economy.

* Alumno del décimo ciclo de estudios de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica Sedes Sapientiae. Presidente del Círculo de Estudios de Derecho Penal - UCSS.

** Alumno del sexto ciclo de estudios de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica Sedes Sapientiae. Miembro del Círculo de Estudios de Derecho Penal - UCSS.

Mining is always in conflict with society, since a certain sector of this activity generates environmental contamination, and illegal mining is not always the cause of this. The two edges of mining are analyzed, that good mining that generates progress in Peru, and the other edge that not only causes damage to the environment, but is also a generator of crimes that violate the peace of the Peruvian people. This research also addresses issues of utmost importance such as mining sustainability in Peru, as well as comparative law that generates in the reader a greater vision of mining.

Keywords: Mining, legal mining, informal mining, support, environment, environmental pollution, crimes.

1. Introducción

Los primeros hombres en habitar esta bendita tierra hasta la actualidad siempre se han encontrado en contacto con la actividad minera, ya sea para diferentes fines como religiosos, ceremoniales, orfebrería, tecnológicos y demás. Y ahora en nuestros tiempos viene a ser la actividad que sostiene económicamente nuestra nación. La actividad minera en el país es la que mayor ingreso genera para la economía peruana. Esta contribución de activos necesarios para el desarrollo y estabilidad económica nacional genera en diferentes sectores sociales un aprecio hacia esta actividad que, a nuestro criterio, es el motor del crecimiento de la economía peruana. Si bien es cierto la actividad minera es el sostén del Perú respecto de los ingresos que se percibe, existen conflictos medioambientales en torno al sector minero. Frente a ello, el peruano tiene una especie de relación amor-odio con la minería.

El ordenamiento jurídico peruano contempla tres tipos de minería bajo la lupa de la licitud, las cuales son la minería formal o legal, la minería informal y la minería ilegal. Esta última, aparte de generar contaminación ambiental, causa también otros ilícitos penales que hacen daño no solo al medioambiente si no a la sociedad, y a la economía nacional.

La minería ilegal es un delito que contempla nuestro ordenamiento jurídico penal, y a nivel de la Comunidad Andina también se regula este ilícito como es el caso de Colombia, Ecuador y Bolivia. Naturalmente, estos países lo tipifican con diferentes *nomen iuris* pero al fin y al cabo tratan de lo mismo, con ligeras variaciones fruto del pensar de los legisladores.

La actividad minera es un arma de doble filo, y nos referimos con exactitud a la minería formal, pese a contar con todos los permisos de ley para que pueda operar. Si bien es cierto este tipo de minería contribuye con el progreso nacional, y de eso no hay duda, sus actividades no están eximidas de dañar el medioambiente. Como dice el título del artículo, es un arma de doble filo porque si no daña al inicio de su ejecución de operaciones, puede hacerlo en pleno proceso de estas. Por ello, hemos tenido por bien desarrollar los dos filos de la minería: el lado bueno, aquel lado que trae prosperidad a los pueblos de la nación y sostiene la economía del Perú, así como el lado que genera ese odio con los peruanos, esa parte de la minería que tanto conflicto genera en la sociedad, no solo por la contaminación ambiental, sino también por los ilícitos penales que tiene como consecuencia la práctica de la minería ilegal.

2. Planteamiento del problema

Al comenzar con nuestra investigación referente a la minería en territorio peruano, empezaremos comparando nuestra realidad, la cual nos abarca puesto que como siempre se nos comenta en las aulas de clases, “El Perú es un lugar rico en minerales y que gracias a ello perdura su economía”.

Haciendo hincapié al título de presente artículo, queremos hacer énfasis en “Un arma de doble filo”, puesto que en la investigación nos enfocaremos en cómo, por una parte, nos apoya en la economía de nuestro país, pero a la par genera diversos hechos delictivos que vulneran la paz social del Perú.

Visto lo anterior, surgen las siguientes preguntas que trataremos de absolver en la presente investigación: ¿La minería legal es el verdadero motor en el Perú? Si formalizamos la minería informal e ilegal, ¿tendríamos más ingresos a nuestra economía? Por último, ¿cómo poder evitar o solucionar la gran contaminación que genera la minería en el Perú?

3. Contaminación ambiental en América Latina

En la actualidad hay una gran disputa referente a la esfera social y la gran diversidad de niveles referentes a los impactos ambientales que origina la minería contra el medioambiente. En el transcurso de los años se han originado diversas catástrofes ambientales relacionadas a este sector económico, los cuales generalmente son producidos por las negligentes prácticas conducidas al cabo del transcurso de esta actividad. A través de los principales impactos ambientales que puede causar la minería se encuentran la contaminación de las aguas, las consecuencias negativas en la salud humana de las

poblaciones próximas a la mina, la destrucción de la corteza terrestre y la afección a la flora y fauna del entorno próximo a la explotación minera. A nivel mundial, específicamente en nuestra región, se ha podido examinar una serie de sucesos alarmantes relacionados a la contaminación, siendo estos originados por la minería, tal como lo podremos ver a continuación.

3.1. La Guajira y Cesar en Colombia

La minería ilegal ha generado enormes desastres ambientales en este país. Colombia posee una tasa de mortalidad infantil de 18 por cada 1000 nacidos vivos en el año 2012, empero, en las regiones de La Guajira y Cesar, se registraron 32 y 20 decesos respectivamente. Aquellas tragedias se pueden localizar vinculadas de primera mano por los resultados que trae la realización de actividades mineras de manera imprudente. En los exámenes que se han ejecutado referente a los impactos ambientales de la minería, resalta con gran magnitud lo que se origina en los bosques, originados por la deforestación. En el norte del país, en los años 2000 hasta el 2007, se deforestaron aproximadamente de 19 hectáreas por cada 1000, un número muy exorbitante cuando ponemos en comparación con el promedio de todo el país que correspondía a 5 hectáreas por cada 1000.

3.2. Madre de Dios en Perú

La minería aluvial del oro se ejecuta tanto informal como ilegalmente en el corredor minero y zonas de exclusión total para la minería en la región de la selva de Madre de Dios. Producto de sus actividades, viene acarreado impactos directos e indirectos contra el bienestar de los mineros que laboran en condiciones de riesgo alto al ruido, la radiación solar excesiva, traumatismo mecánico vibratorio, la exposición al polvo, la humedad, accidentes laborales frecuentes, exhibición directa al mercurio, en especial de estado gaseoso presente en lugares de compra de oro y productos químicos tóxicos. Cabe recalcar también el perjuicio contra la población que ingiere cantidades innumerables de mercurio que son vertidos a las fuentes de agua que utilizan los habitantes de toda la órbita del río Madre de Dios. Asimismo, se puede encontrar como consecuencias que origina el mercurio en la salud humana de los mineros lo siguientes: daños en el sistema nervioso central, los riñones, comportamientos erráticos y en la infancia tiene la capacidad de generar retardo mental. En relación a las personas que consumen alimentos o agua contaminada con mercurio pueden sufrir los siguientes síntomas: problemas reproductivos, pérdida de la memoria, artritis, daños renales, casos de demencia e incluso la muerte.

La devastación indiscriminada del vulnerable suelo amazónico, violencia social, la migración desordenada asociada al incremento de enfermedades infectocontagiosas, la deforestación de sus bosques, prostitución, trata de personas e inseguridad alimentaria, están también entre los principales problemas relacionados a la minería en Madre de Dios.

3.3. Estado Bolívar en Venezuela

En la República Bolivariana de Venezuela, exactamente en los estados de Bolívar y Amazonas, desde finales del siglo XX se ha probado que la minería causa grandes impactos ambientales, originando enormes focos de contaminación por mercurio, y que ha presentado un cuantioso aumento en los últimos años, aunado al uso ilícito de tecnologías no aptas para esta fina actividad. Entre las zonas afectadas figuran el río Caroní, Caura y la Cuenca del río Cuyuní, todos ellos situados en el Estado Bolívar. En estas se han producido daños en las corrientes fluviales, en los causes y la vegetación foránea sin contar la fauna y los habitantes que se encuentran cercanos a la zona.

Estos son algunas de las situaciones que suceden en América Latina, las cuales siguen causando y generando enormes impactos a las poblaciones y las zonas cercanas donde acontecen actividades de minería. Por estas razones, es inevitable establecer un mayor control por parte de la administración desde los gobiernos locales, regionales y a nivel del Ejecutivo, donde deben disminuir y controlar los impactos que causa esta actividad.

4. Nociones Generales sobre la Minería

4.1. Generalidades

Este subtítulo está dedicado a conceptualizar los términos que son relativos a la minería, y así dar una visión panorámica general sobre esta actividad. De igual manera, se abordará los tipos de minería que existen en la realidad peruana con el objetivo de plantear definiciones y tener un mejor entendimiento sobre esta investigación.

4.2. Definiciones

Respecto de la definición y concepto de la minería, hemos tenido por bien definirlo como el cúmulo de actividades referentes al descubrimiento y la extracción de recursos minerales que se encuentran debajo de la superficie de la tierra. Dicha actividad, que tiene carácter económico, permite la explotación y extracción de los minerales que se

han acumulado a lo largo del tiempo en el subsuelo y suelo de la tierra en forma de yacimientos.

Empero, debido a su complejidad, al momento de definir esta actividad, es de vital importancia consignar diversos conceptos sobre la minería para poder comprender en su totalidad esta investigación de carácter multidisciplinario.

4.2.1. *Minería*

Para nosotros, la minería es una actividad que desarrolla el ser humano en un determinado lugar, espacio y tiempo, cuyo fin es extraer y procesar los recursos minerales que nos brinda la madre tierra. Para reforzar nuestra definición es prudente citar lo dicho por Herrera (2017):

... la minería es la actividad industrial que permite la extracción y obtención selectiva de aquellas sustancias minerales sólidas (minerales, combustibles y otras fuentes energéticas), líquidas (como el petróleo) o gaseosas (como el gas natural), existentes en la corteza terrestre para su transformación en materias primas también minerales y/o productos energéticos que permitan cubrir las necesidades de abastecimiento de materiales adecuados para el desarrollo de las sociedades humanas.

4.2.2. *Mina*

Ahora bien, el origen etimológico de la palabra mina deriva del francés *mine* el cual, a su vez, procede del celta *mein*, que es sinónimo de oro. Una mina no es otra cosa que el lugar donde se identifica que existe un mineral, por ende, se le empieza a denominar mina cuando comenzamos un proceso de trabajo con mineros, máquinas y otros recursos para extraer el mineral, procesarlo y trabajarlo.

Al respecto, Herrera (2017) la define como el conjunto de excavaciones y labores necesarias para explotar un yacimiento y conseguir la extracción de minerales útiles, incluyéndose en el conjunto las plantas necesarias para el tratamiento del mineral extraído. Existen diferentes tipos de minas, pero para lo que concierne a esta investigación se empleará como criterio si es que las labores se desarrollan por encima o por debajo de la superficie. En consecuencia, nos referiremos a tres tipos de minas: las minas a cielo abierto, las minas subterráneas o también denominadas minas de interior y las explotaciones por sondeos.

4.2.3. *Minerales*

Respecto de los minerales, Rivera (2005) los califica como toda sustancia inorgánica en estado sólido que posee una estructura interna definida, composición química establecida y propiedades físicas uniformes que varían dentro de límites determinados. Según la Real Academia Española (2014), los minerales son asociaciones de elementos químicos, entre ellos, metales y no metales, los cuales se encuentran formando rocas en las diversas capas de la corteza terrestre.

4.2.4. *Medioambiente*

Para poder definir sobre el medioambiente, vemos por conveniente citar a Rodríguez (2021), quien define al medioambiente como “el conjunto de todos los componentes que están en el ecosistema los cuales son los bióticos y abióticos, el medioambiente natural comprende los elementos físicos entre los cuales encontramos la temperatura, relieve, aire, suelos, animales, plantas y microorganismos”.

Nosotros definimos al medioambiente como el conjunto de factores biológicos y físicos o también como circunstancias que rodean a todos los seres vivos, las cuales influyen en su comportamiento y desarrollo.

4.2.5. *Recursos naturales*

Por último, toda la actividad minera se encuentra vinculada con los recursos naturales, puesto que los minerales son parte de ellos. Estos últimos son todo aquel material que se obtiene del planeta tierra, como el agua subterránea o superficial y los océanos, los energéticos (petróleo y carbón mineral), los minerales (plata, fierro, carbón mineral), las rocas (arcillas para cerámica, fosfatos, arena de cuarzo, caliza, agregados pétreos), además de los recursos bióticos que son objeto de explotación: los peces, el ganado y los bosques.

Para Cabrerizo (2016), los recursos naturales son todo aquello que la humanidad obtiene de la naturaleza para satisfacer sus necesidades de bienes y servicios, de manera directa (materias primas) o indirecta (recursos naturales, culturales que proporcionan servicios ecológicos indispensables para la continuidad de la vida).

Los recursos naturales se dividen en dos, los renovables y no renovables. Los primeros en mención, tienen rangos de recuperación dentro de la escala de tiempo del desarrollo de la sociedad. *Contrario sensu*, los no renovables se forman en tiempos geológicos tan lentos que suman miles de millones de años. Lastimosamente, como su

nombre lo dice, no se renuevan, una vez agotado se extinguen o desaparecen. La minería, abarca lo que son los recursos naturales no renovables.

Bajo la lupa del ordenamiento jurídico nacional, dependiendo su licitud existen tres tipos de minería: la minería formal, la minería ilegal y la minería informal. En el siguiente acápite se desarrolla lo antes mencionado.

4.3. La minería legal, ilegal e informal

El presente subtítulo tiene como propósito tratar de ofrecer la definición, las similitudes y diferencias de cada uno de los tipos de minería que hemos podido encontrar para así poder tener una noción sobre la problemática que abarcara este artículo.

4.3.1. La minería legal

La minería legal es la que cumple con todos los permisos y requisitos, los cuales se desarrollan con lo establecido según la Ley de Minería Peruana. Según el Estado nos ha dado a conocer a lo largo de estos años, la minería legal es aquella que cumple con todos los permisos y requisitos mineros, sociales, ambientales, tributarios, laborales creados en nuestra normativa legal vigente. Abarca la mediana y gran minería, la minería artesanal y la pequeña minería.

Para efectos del presente artículo tenemos por bien definir a la minería legal como aquella actividad facultada de acuerdo con la legislación nacional para funcionar, debido a que cumple todos los parámetros según la Ley de Minería Peruana.

4.3.2. La minería ilegal

La minería Ilegal, si seguimos con la lógica de la minería legal, sería la que no cumpliría con los permisos y requisitos, los cuales obvian lo que establece la Ley de Minería Peruana.

Pero para esto el Estado peruano publicó el diario oficial *El Peruano* el día 18 de febrero del 2012 el Decreto Legislativo N. 1100 y actualizado en el año del 2017 nos dan el más claro concepto sobre la minería ilegal la cual citaremos a continuación.

Artículo 3 Minería Ilegal.- Actividad minera ejercida por persona, natural o jurídica, o grupo de personas organizadas para ejercer dicha actividad, usando equipo y maquinaria que no corresponde a las características de la actividad

minera que desarrolla (Pequeño Productor Minero o Productor Minero Artesanal) o sin cumplir con las exigencias de las normas de carácter administrativo, técnico, social y medioambiental que rigen dichas actividades, o que se realiza en zonas en las que esté prohibido su ejercicio.

Sin perjuicio de lo anterior, toda actividad minera ejercida en zonas en las que esté prohibido el ejercicio de actividad minera, se considera ilegal.

En la presente investigación definimos a la minería ilegal, como aquella actividad que se ejerce de manera ilícita, al no cumplir con los requisitos establecidos por la ley, ocasionando un daño al medioambiente y generando delitos a partir de esta actividad.

4.3.3. *La minería informal*

Consideramos que la minería informal se encuentra en una delgada línea imaginaria entre la minería legal y la minería ilegal, pues bien, la minería informal no opera en zonas prohibidas ni utilizan maquinaria que no corresponden a su categoría. Este tipo de minería tiene características del tipo ilegal mas no lo es, por el contrario, la minería informal se encuentra en el camino de ser formal.

4.3.4. *Similitudes de la minería ilegal y minería informal*

La más clara similitud que resalta es que estas dos no tienen el permiso del Estado para que puedan operar.

Los dos tipos de minerías antes mencionados generan de manera alarmante una alta contaminación ambiental y pone en gran peligro la salud de sus trabajadores involucrados en la extracción de los minerales como también a los habitantes cercanos.

Ambas están sumamente distanciadas de la ley y estas no hacen cumplir los procesos establecidos que establece la ley para una extracción de minerales legitimada.

4.3.5. *Diferencias de la minería ilegal y minería informal*

La minería informal se ha puesto en proceso de formalización y presenta una declaración de compromiso para convertirse en legal, mientras la minería ilegal no ve como objetivo mantenerse al régimen de la ley.

La minería ilegal es sujeto de interdicción o, en otras palabras, es perseguido por el Estado y añadiendo su decomiso o destrucción de su maquinaria. En relación a la minería informal, al no cometer un delito, no corre la misma suerte que la minería ilegal.

5. Tratamiento de tipo penal de minería ilegal en la legislación comparada

En la región de América Latina, los países han tenido por bien tipificar el delito de minería ilegal. Por ende, es natural que el *nomen iuris* varíe por criterios legislativos. Hemos tenido por bien desarrollar este acápite en la presente investigación, puesto que brinda una mayor visión sobre la regulación de este ilícito penal en ciertos países de habla hispana. Esto se debe a que la legislación comparada o derecho comparado tiene como objetivo principal comparar, contrarrestar o cotejar un ordenamiento jurídico nacional frente a los extranjeros. En este sentido, la legislación comparada tiene como misión el desarrollo de las diversas formas de elaboración normativa en los distintos ordenamientos jurídicos.

5.1. Sobre la explotación ilícita de yacimiento minero y otros minerales en Colombia

Dentro del ordenamiento jurídico colombiano, se tipifica este delito en el artículo 338 del Código Penal, modificado por la Ley 890 de 2004 y comprendido dentro del capítulo dedicado a los delitos contra los recursos naturales y medioambiente:

Artículo 338.- Explotación ilícita de yacimiento minero y otros materiales. El que sin permiso de autoridad competente o con incumplimiento de la normatividad existente explote, explore o extraiga yacimiento minero, o explote arena, material pétreo o de arrastre de los cauces y orillas de los ríos por medios capaces de causar graves daños a los recursos naturales o al medio ambiente, incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses y multa de ciento treinta y tres punto treinta y tres (133.33) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Para los autores es prudente señalar, en el análisis de este tipo penal, que el bien jurídico protegido es el medioambiente. Al respecto, se configuran ciertos elementos, los

cuales son los verbos rectores: la explotación, exploración o extracción de yacimiento minero, arena, material pétreo o de arrastre de los cauces y orillas de los ríos. Con la tipificación de todos estos accionares se busca abarcar todos los distintos tipos de minería (industrial y artesanal). Ahora bien, el ilícito penal es claro al tipificar que debe de existir la ausencia de un permiso correspondiente a la actividad minera. Estamos frente a la ilegalidad del accionar de extracción de minerales. Por último, se aprecia que este delito configura el origen de graves daños a los recursos naturales o al medioambiente. Estamos frente a un ilícito penal de peligro concreto.

5.2. La actividad ilícita de recursos mineros en Ecuador

En el sistema jurídico de Ecuador, este tipo penal se encuentra codificado en el Código Orgánico Integral Penal:

Artículo 260.- Actividad ilícita de recursos mineros. La persona que sin autorización de la autoridad competente, extraiga, explote, explore, aproveche, transforme, transporte, comercialice o almacene recursos mineros, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años.

En caso de minería artesanal será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.

Si producto de este ilícito se ocasionan daños al ambiente, será sancionada con pena privativa de libertad de siete a diez años.

El inicio del tipo penal (verbos rectores) guarda similitud con sus pares de otras legislaciones de materia penal en América Latina, por ello se denota el esfuerzo del legislador ecuatoriano al positivizar todas las acciones que recorre el proceso de la minería ilegal. A diferencia del ilícito penal colombiano, si se concibe la minería artesanal como parte del tipo, la pena es inferior. La pena se incrementará si es que de estos hechos delictivos ocasionaran daños al ambiente. Respecto de los bienes jurídicos protegidos no solo es el medioambiente sino también la salud laboral y la regularidad de los ingresos estatales.

5.3. La explotación ilegal de recursos minerales en Bolivia

En el sistema jurídico penal boliviano se tipifica este delito en el artículo 232 del Código Penal de Bolivia, modificado por la Ley N. 367 de 2013 y comprendido dentro del capítulo II, Título VI, del Libro Segundo del Código Penal:

Artículo 232 ter. Explotación ilegal de recursos minerales. El que realizare actividades de explotación de recursos minerales sin contar con autorización o derecho otorgado en el marco de la normativa vigente, será sancionado con privación de libertad de tres (3) a seis (6) años.

Cabe añadir que en el proceso de investigación nos percatamos que en el 2018 apareció el Proyecto de Ley 122 del parlamento boliviano que tenía como fin tipificar con más eficiencia este tipo penal, empero, a la fecha no se promulgó. Se aprecia que, en el ilícito penal de explotación de recursos minerales, el verbo rector es muy general al solo consignar que si se realizan actividades de explotación de recursos minerales sin autorización estaríamos frente a un delito. Lo catalogamos como general porque en otros códigos penales de la región son más específicos con los verbos rectores.

6. La minería, el motor económico de nuestra nación

La minería es una de las principales actividades económicas que se desarrolla en el Perú y, a nuestro criterio, la consideramos el sostén económico de la nación. En ese sentido, Espinosa et al. (2016) afirman que en el Perú la minería tiene gran reconocimiento a nivel de la región, puesto que se posiciona en el número uno en la explotación de oro en Latinoamérica y al estar en los ocho primeros puestos a nivel mundial en los demás minerales que resalta con el cobre, la plata y el zinc por lo que se convierte en un gran explotador de la minería, reconocido a nivel mundial. Además, el nuestro es un país donde está el mejor ambiente de negocios para los inversionistas extranjeros, con lo cual favorece a la economía Peruana.

La minería en el Perú es de suma importancia, pues permite que nuestra economía pueda tener una estabilidad, ya que esta aporta al fisco mediante tributos o regalías, al igual que inversiones y empleo para la población peruana. El Perú se ubica como primer productor de plata y segundo a nivel mundial de cobre, también es reconocido en el caso de minerales como el plomo, zinc, oro, estaño, etc.

Nuestra nación está en proceso en convertirse en uno de los únicos países en el mundo en donde se pueda encontrar minerales industriales, entre ellos, el mármol travertino y diatomita.

Es de suma importancia consignar para la presente investigación la Figura 1 con el gráfico extraído del artículo escrito por Espinosa et al. (2016). Este cuadro versa en la dependencia mineral a nivel mundial, según la denominación de Oxford Policy Management, donde se puede observar que el Perú se encuentra en el puesto número nueve, reforzando así la premisa de que la minería es el motor económico de nuestra nación.

Figura 1

Dependencia Mineral

Rank	País	PIB/per cápita (PPP precios corrientes, 2009) US\$	% Dependencia mineral 1996	% Dependencia mineral 2005	% Dependencia mineral 2010	Incremento en dependencia mineral 1995 - 2010 pp
1	Botswana	13.384	58,7	86,5	83,7	25
2	Zambia	1.430	79,4	64	83,6	4
3	Republica democrática de Congo	319	72,4	70,2	78,3	6
4	Mongolia	3.522	60,3	70,1	77,6	17
5	Suriname	-	68	64,3	75,4	7
6	Polinesia francesa	-	69,2	55,3	67,1	-2
7	Chile	14.311	47,7	56,5	65,9	18
8	Guinea	1.048	77,1	84	65,2	-12
9	Perú	8.629	48,3	57,9	62,7	14
10	Mauritania	1.929	36,1	49,3	60,4	24
11	Islas Marianas del norte	-	3,3	4,5	58,9	56
12	Mozambique	885	6,1	66,9	57	51
13	Mali	1.186	8,5	37,2	54,8	46
14	Sierra Leona	808	30,6	58,2	54,3	24
15	Papua Nueva Guinea	2.281	24,5	39,2	54	30
16	Namibia	6.410	36,2	41,2	53,4	17
17	Nauru	-	73,1	25,2	50,8	-22
18	Armenia	5.279	23,9	39,8	50,6	27
19	Jamaica	7.633	49,7	68,5	49,6	0
20	Cuba	-	15,1	39,2	47,7	33

Tomado de “Oxford Policy Management 2011,” por Espinosa et al., 2016, p. 12.

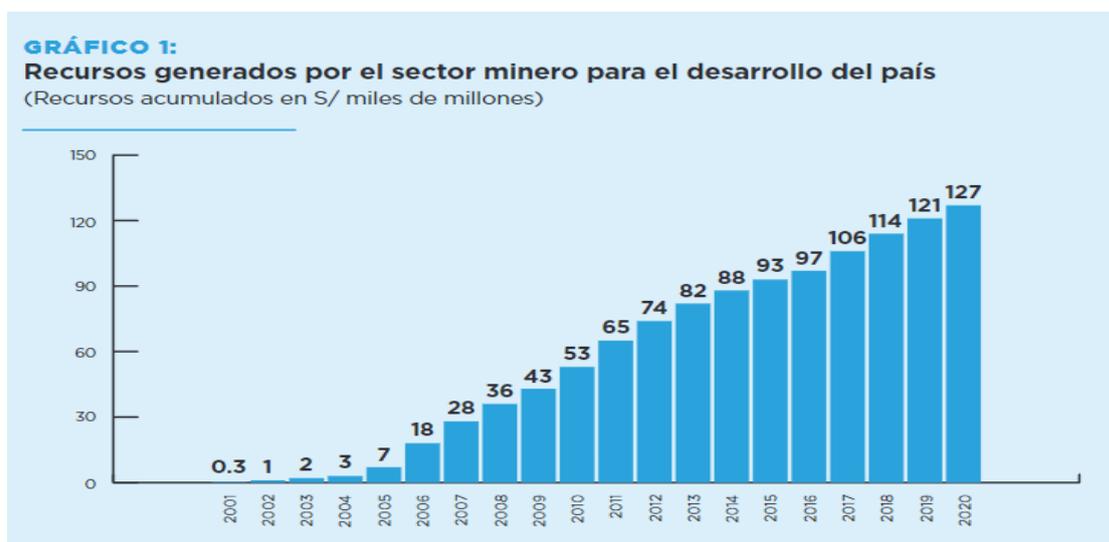
En estos tres últimos años, la humanidad se ha visto envuelta por una gran pandemia producida por el COVID-19, el cual mostró una gran vulnerabilidad del país, originando un decaimiento en la economía y donde el sector minero tuvo un rol central para la reactivación de esta. La minería tiene una gran capacidad de movilizar inversión directa extranjera y de generar ingresos públicos, puesto que representa el 60% de ingresos por exportaciones.

Al respecto, Walter et al. (2021) afirman, basados en datos del Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI), que en el 2019, la contribución al PBI ascendió a 14.3%, entre los cuales el 4.1% fue a la producción de los proveedores mineros, específicamente, los productos químicos, textiles, transporte, entre otros, y el 10.2% correspondió al aporte que da la producción del sector minero.

En la Figura 2 utilizaremos el esquema de Walter et al. (2021) donde se muestra los recursos que ha generado por el sector minero para el desarrollo del país desde el 2001 hasta el 2021.

Figura 2

Recursos generados por el sector minero para el desarrollo del país (recursos acumulados en S/ miles de millones)



Tomado de “Minería en Perú 2021 - 2030: ¿Qué rol juega en la reactivación económica y el desarrollo territorial?” por Walter et al., 2021, p. 11.

Mediante este gráfico de barras se puede apreciar que, gracias a la minería legal en nuestro país, existe un aporte significativo al pueblo peruano para poder tener un buen desarrollo económico.

7. Tratamiento de la minería formal en el Perú

La minería en el Perú data desde hace aproximadamente 12,000 años. Los antiguos peruanos (culturas preincas y el imperio incaico) ya trabajaban el cobre, hierro, estaño y oro, siendo reconocidos como grandes orfebres. El Perú es considerado como una nación minera, por tradición y vocación, con evidencias desde épocas inmemoriales como se mencionó líneas arriba, ya que posee importantes yacimientos y por su aporte al desarrollo nacional. En la época colonial, la plata fue el sostén de la economía virreinal. En los inicios de la República, la minería se afianzó con la explotación del salitre y se consolidó luego con la construcción de los grandes ferrocarriles.

La buena minería, como la denominamos nosotros, es una actividad moderna, que usa tecnología de punta, que cumple estrictamente el ordenamiento jurídico nacional, de seguridad y es socialmente responsable con las poblaciones de su entorno. En el presente subtítulo se tendrá como finalidad dar a conocer el tratamiento legal de la minería formal en el Perú y cómo ha ido evolucionando el marco legal de esta actividad.

7.1. Ordenanzas de Indias y disposiciones administrativas posteriores que las rectificaban o ampliaban

En el Perú, hasta antes del año de 1901, la minería se regía en base a las ordenanzas de Indias y las disposiciones administrativas que ampliaban o rectificaban en el tiempo de la colonia y en toda nuestra etapa republicana.

7.2. Código de Minería de 1901

Como se mencionó en el acápite anterior, antes nos regíamos con las ordenanzas de indias y sus disposiciones administrativas, pero cuando comenzamos el siglo XX, siendo mucho más específicos, en el año 1901, se promulga el primer código de minería el cual llevaba las características de ser más claro en las disposiciones administrativas y consigo mucha más simplicidad.

Este código tiene una importante característica, ya que estableció el famoso principio de accesión donde el dueño del suelo también era dueño de todos los recursos minerales que se encuentren en él.

Otra norma que impactó sobre este código fue el proceso administrativo, de manera especial para que se pudiera adquirir la titularidad minera. Asimismo, se creó la

jurisdicción minera. La administración fue ejercida y encargada por el Consejo Superior de Minería, el Ministerio de Fomento del Poder Ejecutivo y las diputaciones territoriales.

7.3. Código de Minería de 1950

Alrededor de 49 años después, se promulga el segundo Código de minería, y que se dio durante el periodo de presidencia de Manuel A. Odría por medio del Decreto Ley N. 11357, entrando en vigor a partir de julio del año 1950. Lo que le diferencia de su antecesor es que ya podemos apreciar un cambio entre el dominio del suelo y el subsuelo. Esta distinción es conocida como el “régimen dominalista”, el cual se tiene en concordancia con la Constitución de 1933 donde el Estado es titular de todos los yacimientos mineros, en otras palabras, es propietario del subsuelo. Cabe mencionar que la persona es propietaria de los minerales cuando estos ya han sido una vez extraídos.

En este código ya se tuvo el interés nacional porque se definió como una actividad de utilidad pública la cual favoreció al concesionario minero.

7.4. Ley General de Minería - Decreto Ley N. 18880

En el año de 1971, cuando el país era dirigido por un régimen militar, en el gobierno del general Juan Velasco Alvarado se promulgó la Ley General de Minería. En este Decreto Ley se declaró a las propiedades de yacimientos mineros como imprescriptibles e inalienables, haciendo que el Estado tuviera más importancia en las actividades mineras.

7.5. Ley General de Minería - Decreto Legislativo 109

En el año de 1981 se promulgó una nueva Ley General de Minería mediante el Decreto Legislativo 109. Este, frente a muchas denuncias de las concesiones mineras, se le brindó el derecho pleno sobre el área de terreno. Cabe recalcar que en las actividades empresariales siguió la presencia estatal.

7.6. Texto Único Ordenado (TUO) de la Ley General de Minería - Decreto Supremo 014-EM

En el año de 1992 se promulgó el Texto Único Ordenado (TUO) de la Ley General de Minería mediante el Decreto Supremo N. 014-92-EM. El TUO está actualmente todavía en vigencia, puesto que aquí se encuentra toda la normativa en minería del país. Aquí

podemos encontrar que todavía se considera la propiedad estatal frente a los minerales de forma imprescriptible e inalienable y la libre comercialización externa e interna de los minerales. También se determinó la inclusión de los minerales de dominio marítimo, suelo y subsuelo en las respectivas concesiones.

8. Delitos que se generan a partir de la minería ilegal en el Perú

La minería ilegal no solo contamina y corrompe la legalidad del ordenamiento jurídico, sino que esta actividad tiene como consecuencia diferentes delitos. En la presente investigación se analizará los delitos que este ilícito genera. Para ello, hemos seleccionado cuatro delitos que a nuestro criterio deben ser analizados.

La minería ilegal en nuestro país es más notoria en la selva, ya que es rica en oro. Claros ejemplos son Madre de Dios, Cuzco y Pucallpa, pero también en otros lugares del Perú como La Libertad, Cajamarca, Piura y hasta la misma capital de la nación.

Respecto de los mineros ilegales, afirma Azpilcueta (2018), vendrían a ser las personas que practican la minería ilegal en el Perú y cuyo número actualmente es desconocido, puesto que al ser un acto criminal sería absurdo convocar a un censo para así obtener datos oficiales, pero diversas investigaciones nos arrojan una cifra aproximada entre los 100 000 y 500 000 mineros ilegales en todo el territorio nacional. Ahora bien, en Madre de Dios se calcula entre 30 a 100 000 mineros ilegales en la actualidad.

Sobre las mineras ilegales, en su mayoría se encuentran por lugares alejados de la población donde hay una gran escasez de policías y donde estos trabajadores, al estar en lugares inhóspitos, lo que ocasiona es que realicen miniciudades para que ellos habiten y así puedan abastecerse. Al encontrarse en un lugar donde es tierra de nadie, se entiende que pueden realizar diversas acciones sin la supervisión de un miembro de la ley. En el entorno se abren centros de prostitución de mujeres que son traídas por proxenetas, generando la trata de personas, las cuales son secuestradas de su lugar de origen y llevadas trabajar en estos centros donde no pueden escaparse porque la mayoría de las personas portan armas de fuego de manera ilegal, las mismas que se venden de manera libre. Con relación a las ganancias de esta actividad criminal, estas personas tienden a maquillar, lavar y blanquear estas capitales producto de la minería ilegal para así poder disfrutar de su dinero sucio.

8.1. Trata de personas

La trata de personas es la forma de esclavitud de este presente siglo XXI. Según Tejada (2016), el delito de trata de personas contiene un comportamiento ilícito relacionado con el proceso de transporte, acogida, captación, recepción, traslado o retención de una persona, en la demarcación nacional o de paso por el país, con terminación de explotación u otros motivos ilegales del mismo carácter.

La trata de personas, o la esclavitud moderna como nosotros la definimos, se da con mayor incidencia en los campamentos mineros ilegales o en pueblos, caseríos cercanos de la extracción de minerales. Los *modus operandi* de estos criminales son repetitivos y coincidentes, verbigracia, el trabajo soñado con buena paga y sin contar con mucha experiencia.

8.1.1. Bien jurídico protegido

El bien jurídico protegido de este tipo penal es muy discutido por la doctrina, puesto que no se tiene una posición homogénea sobre qué bien jurídico salvaguarda el delito de trata de personas. Al respecto, Peña (2010) menciona que su estado antijurídico afecta la libertad personal, la integridad moral y la dignidad humana al rebajar la condición de una persona del sujeto pasivo a márgenes de degradación. Desde nuestro criterio, estamos frente a un delito pluriofensivo, ya que vulnera varios bienes jurídicos, y que tenemos por bien consignar, entre ellos, la dignidad de la persona y la libertad de la misma.

8.1.2. Tipo penal

El tipo penal en nuestro Perú se encuentra en nuestro Código Penal, específicamente, en el delito contra la dignidad humana. En su capítulo 1 sobre trata de personas, artículos 129-A al 129-B, señala:

Artículo 129-A.- Trata de personas

1. El que, mediante violencia, amenaza u otras formas de coacción, privación de la libertad, fraude, engaño, abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad, concesión o recepción de pagos o de cualquier beneficio, capta, transporta, traslada, acoge, recibe o retiene a otro, en el territorio de la República o para su salida o entrada del país con fines de explotación, es reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años.
2. Para efectos del inciso 1, los fines de explotación de la trata de personas comprende, entre otros, la venta de niños, niñas o adolescentes, la prostitución

y cualquier forma de explotación sexual, la esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud, cualquier forma de explotación laboral, la mendicidad, los trabajos o servicios forzados, la servidumbre, la extracción o tráfico de órganos o tejidos somáticos o sus componentes humanos, así como cualquier otra forma análoga de explotación.

3. La captación, transporte, traslado, acogida, recepción o retención de niño, niña o adolescente con fines de explotación se considera trata de personas incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios previstos en el inciso 1.
4. El consentimiento dado por la víctima mayor de edad a cualquier forma de explotación carece de efectos jurídicos cuando el agente haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en el inciso 1.
5. El agente que promueve, favorece, financia o facilita la comisión del delito de trata de personas, es reprimido con la misma pena prevista para el autor.
(2022)

En el artículo 129-B, encontramos las formas agravadas de la trata de personas donde la pena no será menor de doce ni mayor de veinte años de pena privativa de la libertad. Entre los aspectos que forman el agravamiento están los siguientes: la existencia pluralidad de víctimas, si es servidor o funcionario público, cuando sea hacia menores de edad, cuando es cometido el hecho por dos o más sujetos, entre otros.

8.2. Tráfico ilegal de armas

El tráfico ilegal de armas es la venta de armas ilegales las cuales son letales frente a otra persona. Pueden variar si se trata de armas de fuego, aire o proyectil, pero también cuenta si son explosivos o municiones.

8.2.1. *Bien jurídico protegido*

Su bien jurídico protegido de este tipo penal según el maestro Peña (2010) es la seguridad de la comunidad frente a los riesgos que representaría la libre circulación y tenencia de armas concretados en una más frecuente utilización de estas.

8.2.2. *Tipo penal*

Lo que respecta a su tipo penal, lo encontramos especificado en nuestro Código Penal, artículo 279-G, y que pasaremos a citar textualmente:

Artículo 279-G.- Fabricación, comercialización, uso o porte de armas

El que, sin estar debidamente autorizado, fabrica, ensambla, modifica, almacena, suministra, comercializa, trafica, usa, porta o tiene en su poder, armas de fuego de cualquier tipo, municiones, accesorios o materiales destinados para su fabricación o modificación, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de diez años, e inhabilitación conforme al inciso 6 del artículo 36 del Código Penal.

Será sancionado con la misma pena el que presta, alquila o facilita, siempre que se evidencie la posibilidad de su uso para fines ilícitos, las armas o bienes a los que se hacen referencia en el primer párrafo. La pena privativa de libertad será no menor de ocho ni mayor de doce años cuando las armas o bienes, dados en préstamo o alquiler, sean de propiedad del Estado.

En cualquier supuesto, si el agente es miembro de las Fuerzas Armadas, Policía Nacional del Perú o Instituto Nacional Penitenciario la pena será no menor de diez ni mayor de quince años.

El que trafica armas de fuego artesanales o materiales destinados para su fabricación, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años.

Para todos los supuestos se impondrá la inhabilitación conforme a los incisos 1), 2) y 4) del artículo 36 del Código Penal, y adicionalmente el inciso 8) si es miembro de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional del Perú y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días – multa. (2022)

8.3. Lavado de activos

La minería legal y el delito de lavado de activos se encuentran directamente vinculados, puesto que la minería ilegal es un delito fuente del lavado de dinero, y la ilegalidad de esta actividad (minería) al generar dinero y querer limpiar, blanquear o maquillar estos activos producto de la ilicitud, se adecúa al tipo penal de lavado de activos. Para reforzar nuestra idea, parafraseamos a Gamarra (2019), al afirmar que el lavado de activos es un fenómeno de alta complejidad, de carácter pluriofensivo; porque involucra un cúmulo de conductas ilícitas por no decir criminales; de un lado el blanqueo del dinero, de origen comprobadamente delictivo y del otro, sociedades o asociaciones legalmente constituidas, perdurables en el tiempo.

8.3.1. *Bien jurídico protegido*

El bien jurídico protegido de este delito actualmente genera debate entre muchos juristas, puesto que ellos no llegan a un consenso sobre cuál es el bien jurídico que salvaguarda este tipo penal.

Inicialmente se creía que lo que se protegía era la salud pública pues el lavado de dinero se vinculaba únicamente con el tráfico ilícito de drogas; sin embargo, esta tesis quedó desfasada pues ahora se sabe que no sólo el tráfico ilícito de drogas puede considerarse como delito fuente del lavado de dinero.

Posteriormente se entendió que a través de la incriminación del lavado se protegía el orden socioeconómico; sin embargo, no estoy de acuerdo con esa tesis porque, como bien usted señala, existen economías que únicamente se encuentran sustentadas en la realización de este tipo de actividades ilícitas, por ejemplo, los “paraísos fiscales”. Asimismo, existen países con economías supuestamente más desarrolladas que la nuestra, por ejemplo, España, donde en aras de recaudar mayores impuestos y “hacer caja” para afrontar la crisis, promulgan una supuesta “amnistía fiscal”, lo cual es un eufemismo para instaurar una forma legal de lavar dinero. En tal sentido, creo más acertada la tesis que sostiene que la administración de justicia es el bien jurídico protegido a través de la criminalización del lavado de activos. En otras palabras, las acciones propias de este ilícito tienen un claro efecto criminógeno puesto que favorecen la comisión de delitos y allanan el camino de la criminalidad organizada, no debemos olvidar que la criminalidad organizada no valdría la pena sin el lavado de dinero puesto que con éste se aumentan las posibilidades que tienen el autor o autores del delito previo de aprovecharse de los efectos o ganancias de sus crímenes a fin de intensificar su actividad delictiva. En síntesis, el lavado representa un sabotaje de la persecución y recriminación penal, por lo que supone el fracaso del Derecho penal. (Antonio, Cosío y Romero, 2012, pp. 140-142)

Saldarriaga (1994) afirma que, es un delito pluriofensivo que compromete a varios intereses jurídicamente relevantes como la eficacia de la administración de justicia, la transparencia del sistema financiero, la legitimidad de la actividad económica e, incluso, en un plano sumamente mediato, la incolumidad de la salud pública. En todo caso, el lavado de dinero conjuga características propias de los delitos de peligro y de mera desobediencia. Este tiene que acondicionarse con el delito contra la administración pública o de los delitos contra la fe pública.

8.3.2. *Tipo penal*

En nuestro ordenamiento jurídico se encuentra regulado este ilícito penal en el Decreto Legislativo N. 1106 de lucha eficaz contra el lavado de activos y otros delitos relacionados a la minería ilegal y crimen organizado. Este delito cuenta con tres modalidades, a saber:

Artículo 1.- Actos de Conversión y Transferencia

El que convierte o transfiere dinero, bienes, efectos o ganancias cuyo origen ilícito conoce o puede presumir, con la finalidad de evitar la identificación de su origen, su incautación o decomiso, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de ocho ni mayor de quince años y con ciento veinte a trescientos cincuenta días multa.

Artículo 2.- Actos de Ocultamiento y Tenencia

El que adquiere, utiliza, guarda, custodia, recibe, oculta o mantiene en su poder dinero, bienes, efectos o ganancias, cuyo origen ilícito conoce o puede presumir, con la finalidad de evitar la identificación de su origen, su incautación o decomiso, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de ocho ni mayor de quince años y con ciento veinte a trescientos cincuenta días multa.

Artículo 3.- Transporte, traslado, ingreso o salida por territorio nacional de dinero o títulos valores de origen ilícito

El que transporta o traslada dentro del territorio nacional dinero o títulos valores cuyo origen ilícito conoce o debía presumir, con la finalidad de evitar la identificación de su origen, su incautación o decomiso; o hace ingresar o salir del país tales bienes con igual finalidad, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años y con ciento veinte a trescientos cincuenta días multa. (2012)

9. ¿Es posible una minería sostenible en el Perú?

Después de haber desarrollado el presente artículo, vimos por bien consignar esta pregunta al final de la investigación. Esta interrogante divide a la población, generando así una especie de polarización. Empero, para poder resolver la pregunta, es importante definir algunos conceptos que se encuentran presentes en la cuestión.

9.1. La sostenibilidad

El concepto de sostenibilidad fue utilizado por primera vez en el Informe de la comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, comúnmente conocida como el informe Brundtland, presentado a la Organización de las Naciones Unidas en 1987.

Al respecto, Gallopín (2003) se refiere a la sostenibilidad como un sistema que puede variar dependiendo de cada caso que se muestre. Puede que el interés de uno solo sea sostener parte de un producto, pero cambiar todo un sistema. El desarrollo sostenible implica todo un cambio. A veces uno quiere transformar o mejorar el sistema mismo, en cambio, otros quieren cambiar el sistema para mejorar alguno de sus productos.

La Real Academia Española (2014), en sus escritos, define la sostenibilidad como manera especial en la economía y ecología, que se puede mantener durante un periodo largo de tiempo sin causar grave daño al medioambiente o agotar los recursos.

Para efectos de este trabajo, definiremos la sostenibilidad como la relación entre el ser humano y el medio. En esta el hombre convive con la madre tierra, trabajando en ella, subsistiendo de la misma, pero con respeto. Este último valor consignado debe verse reflejado en el “descanso” del medioambiente para que se pueda regenerar de forma natural o con ayuda del ser humano para luego seguir brindándole a este sus recursos de forma sostenible.

Ahora bien, el término de desarrollo sostenible se encuentra directamente vinculado con la sostenibilidad, la definimos como el que colma las necesidades de la posteridad presente sin comprender la capacidad de las generaciones futuras para redimir sus propias necesidades.

Para Daly (1996), el desarrollo sostenible es un desarrollo sin crecimiento, entendiendo como crecimiento un aumento de tamaño por adición de materiales y desarrollo como realización o expansión de potenciales. Para el autor, lograr un desarrollo sostenible es que la capacidad de sustentación del medio sea igual a la capacidad de explotación humana, en otras palabras, que el área sustentada sea proporcional al área sustentante.

9.2. La minería sostenible

Una minería sostenible es la que se busca perdurar en el tiempo siendo la responsable que se dé la generación presente y las futuras, la cual evita dejar problemas sociales que hacen que continúe el ciclo de la actividad minera en nuestra actualidad. Para que se pueda dar esta minería sostenible, es de suma importancia que se sincronice

el comercio internacional con el Estado, en donde se busca que cada actor contribuya de manera negativa o positiva como parte de la economía mundial, mediante las cuales se concientizan lo que es sumamente importante el valor de costos de los minerales y materias primas, agregando a eso el costo ambiental.

Al respecto, Solano (2012) nos comenta que el concepto con más profundidad de minería sostenible, la cual se resume en la expresión es un nuevo enfoque ético de la relación dialéctica entre el Estado, la empresa minera, la sociedad y el medioambiente, con un sentido de perdurabilidad a largo plazo y de responsabilidad de la generación actual consigo misma y con las generaciones venideras, y este nos da dos hipótesis en las cuales tiene en cuenta todo el auge que tiene la minera y la participación de todos los actores de la cadena productiva por la cual tiene un escenario en el sector minero que es sostenible y que perdure hacia un futuro puesto que son materiales no renovables empezando con pequeños lugares donde su economía solamente se basa en la minería hasta lograr de manera progresiva hasta el país.

Respecto del marco del desarrollo sostenible se consideró solo mencionar cuáles son los elementos que lo integran: desarrollo sostenible en toma de decisiones, análisis de riesgos eficaz, ética empresarial y buen gobierno, desempeño en salud y seguridad, uso y suministro de materiales responsables, desempeño ambiental, conservación de la biodiversidad y planificación del uso de la tierra, compromiso y presentación de informes transparentes.

En la actualidad, es de público conocimiento que las mineras formales tienen como una de sus finalidades la sostenibilidad ambiental. Empero, no vamos a negar que muchas veces estas mineras que se encuentran reguladas infringen la ley ambiental. De acuerdo con lo que se escribió, se debe de fomentar que las empresas informales dedicadas al rubro de la minería, se ubiquen dentro de un contexto legal, con un claro compromiso ambiental.

Así también, es necesario que se genere una trinidad a base de leyes eficientes, entre las compañías mineras, el Estado peruano y la población. Esto con el fin de desarrollar una sostenibilidad idónea que permita a las generaciones venideras, a las empresas mineras y al Estado gozar de un excelente medioambiente, donde pueda convivir esta trinidad en armonía, sin que ninguno de los sujetos que la conforma corrompa o vulnere el equilibrio que exista entre los tres.

10. Conclusiones

- a) La minería ilegal se puede comparar con una bola de nieve que cada vez se hace más grande e incontrolable y junto a esa bola de nieve trae consigo delitos como es el caso de la trata de personas, tráfico ilegal de armas, lavado de activos, entre otras que generan reproche social. Se necesita erradicar este tipo de minería por lo cual el Estado debe de maximizar fuerzas para mitigar la proliferación de esta actividad que tanto daño le hace al Perú.
- b) No entra en tela de juicio que la actividad minera es el sostén económico de nuestra nación. En ese sentido, también se debe de reconocer que las divisas que se generan para la economía peruana no siempre cubrirán la contaminación ambiental que se cause al medioambiente.
- c) Finalmente, queda en manos de la trinidad ejemplificada en el Estado, compañías mineras y la población, llegar a un consenso para que las tres puedan trabajar juntas y así lograr un mejor porvenir para todos.

Referencias

- Antonio, K., Cosio, B., y Romero, A. (2012). Breves Reflexiones sobre el lavado de activos. Entrevista al doctor Sergio Mattos. *Derecho & Sociedad*, (39), 140-142.
- Azpilcueta, M. (2018). Ilícitos penales derivados de la minería ilegal de oro en el Perú: Caso Madre de Dios. *Revista electrónica de medioambiente*, (19), 159-177.
- Cabrerizo, D. (2016). *Cultura Científica 4º ESO*. Editorial Editex.
- Código Penal Colombiano. (2000). Editorial Temis.
- Código Orgánico Integral Penal. (2013). Editorial Ediciones Legales.
- Código Penal del Perú. (1991). Editorial Jurista Editores.
- Daly, H. (1996). Desarrollo sostenible y escala óptima de la economía. En F. Díaz Pineda (Ed.), *Ecología y desarrollo* (pp. 73-86). Editorial Complutense.
- Espinosa Morales, K., Hernández, A., y Mantilla Pinilla, E. (2016). La participación de la minería y sus beneficios económicos en Colombia y Perú. *In Vestigium Ire*, (10), 208-228. <http://revistas.ustatunja.edu.co/index.php/ivestigium/article/view/1188>

- Gallopín, G. (2003). Sostenibilidad y desarrollo sostenible: un enfoque sistémico. *Serie Medio Ambiente y Desarrollo*, (64), 1-47. https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/5763/S033120_es%20.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Gamarra García, R. (2019). Lavado de activos, Perú, 2019. [Tesis de pregrado, Universidad Peruana de las Américas]. <http://repositorio.ulasamericas.edu.pe/handle/upa/677>
- Herrera, J. (2017). *Introducción a la minería. Conceptos, tecnologías y procesos*. Fondo Editorial Universidad Politécnica de Madrid.
- Peña-Cabrera, A. (2010). *Derecho Penal Parte Especial (Tomo II)*. Editorial IDESA.
- Presidencia de la República. (1992). Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería de Decreto Supremo N. 014-92-EM. Plataforma digital única del Estado Peruano. [https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con3_uibd.nsf/89E200B65DCF6DE9052578C30077AC47/\\$FILE/DS_014-92-EM.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con3_uibd.nsf/89E200B65DCF6DE9052578C30077AC47/$FILE/DS_014-92-EM.pdf)
- Presidencia de la República. (2012). Decreto Legislativo N. 1106. Lucha Eficaz Contra el Lavado de Activos y otros Delitos Relacionados a la Minería Ilegal y Crimen Organizado. Diario Oficial El Peruano. <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/decreto-legislativo-de-lucha-eficaz-contr-el-lavado-activos-decreto-legislativo-n-1106-778570-3/>
- Real Academia Española. (2014). *Diccionario de la lengua española* (23.^a ed.). Editorial.
- Rivera, H. (2005). *Geología general* (2.^a ed.). Fondo Editorial UNMSM.
- Rodríguez, M. (2021). *Estudio de impactos ambientales para el desarrollo turístico en el cantón Quevedo, año 2020* [Tesis de bachiller no publicada]. Universidad Técnica de Babahoyo.
- Saldarriaga, V. (1994). La criminalización del lavado de dinero. *Derecho & Sociedad*, (8), 93-104.
- Solano, E. (2012). *Propuesta de un clúster minero para impulsar el desarrollo sostenible: un enfoque interdisciplinario* [Tesis doctoral, Universidad Nacional Mayor de San Marcos]. <https://hdl.handle.net/20.500.12672/1663>
- Tejada Ortiz, M. (2016). La trata de personas en el Perú, análisis y perspectiva. *Revista Oficial del Poder Judicial*, (10), 439-457. <https://doi.org/10.35292/ropj.v8i10.246>
- Walter, M., De Piérola, J. C., Cooper, C., Zegarra, D., Diez Canseco, C., Gobitz, V., Laguna, R. y Liendo, C. (2021, septiembre). Minería en Perú 2021-2030: ¿Qué rol juega en la reactivación económica y el desarrollo territorial? *Banco Interamericano de Desarrollo*. <http://dx.doi.org/10.18235/0003648>



EL TRÁFICO ILEGAL DE TIBURÓN (*SELACHIMORPHA, PERÚ*)

*María Ina Suárez Castañeda**

*Fiscalía Provincial Especializada en Materia Ambiental de Tumbes
masuarezdj@mpfn.gob.pe*

*Esneider Bustamante Delgado***

*Fiscalía Provincial Especializada en Materia Ambiental del Santa
ebustamantedj@mpfn.gob.pe*

Resumen: El comercio ilegal de vida silvestre es una de las cuatro actividades ilegales más rentables del mundo. Su perjuicio alcanza a la fauna marina, compuesta por grupos de animales que a nivel global albergan algunos grupos considerados como recursos hidrobiológicos, entre ellos, los peces. Estos recursos hidrobiológicos sustentan la oferta alimenticia en la población humana. Sin embargo, esta explotación ha llevado a la reducción significativa de las poblaciones de algunas especies claves en el ecosistema marino, sobre todo al grupo de los condriictios. Los tiburones, que pertenecen a este grupo, son sobreexplotados principalmente por sus aletas para satisfacer la demanda asiática. La práctica del aleteo (que consiste en quitarle al tiburón sus aletas y luego desechar el resto del cuerpo) ha llevado a que muchas especies de tiburones se encuentren en categoría de desaparecer y ha incrementado el número de grupos de crimen organizado transnacionales (DOT) que tienen incluso injerencia en las instituciones administrativas del Estado peruano, las cuales brindan facilidades para que se consolide el ilícito negocio. Es importante aumentar los esfuerzos de fiscalización, complementar el marco legal y fortalecer el trabajo articulado entre las autoridades correspondientes.

Palabras clave: Tráfico ilegal, fauna silvestre, recurso hidrobiológico, tiburón, marco legal, fiscalización.

* Magíster en Legislación, Políticas y Gestión Ambiental por la Universidad Paulo Freyre de Nicaragua. Magíster en Tributación por la Universidad Nacional de Trujillo. Fiscal Provincial de la Fiscalía Especializada en Materia Ambiental de Tumbes.

** Magíster en Legislación. Egresado de la maestría en Derecho Penal por la Universidad Pedro Ruiz Gallo. Fiscal Adjunto de la Fiscalía Especializada en Materia Ambiental del Santa.

ILLEGAL TRAFFICKING OF SELACHIMORPHA SHARK, PERU

Abstract: Illegal wildlife trade is one of the four most profitable illegal activities in the world. Its damage reaches marine fauna, composed of groups of animals that globally harbor some groups considered as hydrobiological resources, including fishes. These hydrobiological resources sustain the food supply of the human population. However, this exploitation has led to a significant reduction in the populations of some key species in the marine ecosystem, especially the chondrichthyan group. Sharks, which belong to this group, are overfished mainly for their fins to satisfy Asian demand. The practice of finning (which consists of removing the shark's fins and then discarding the rest of the body) has led to the disappearance of many shark species and has increased the number of transnational organized crime groups (TOC) that even have influence in the administrative institutions of the Peruvian State, which facilitates the consolidation of this illicit business. It is important to increase enforcement efforts, complement the legal framework and strengthen coordination between the corresponding authorities.

Keywords: Illegal Trafficking, Wildlife, Hydrobiological Resource, Shark, Legal Framework, Legal Framework, Audit.

1. Introducción

1.1. Realidad problemática

Durante un largo periodo, muchas especies silvestres han venido siendo parte de las actividades económicas sostenibles en los países en desarrollo, al igual que el turismo o la caza y el comercio lícito de animales. Sin embargo, la demanda y los precios que se paga por los especímenes comercializados pueden convertirse en un estímulo para que ocurran actividades ilícitas para la obtención de más especímenes. El comercio internacional de fauna silvestre genera ganancias millonarias para los traficantes, pudiendo llegar a afectar el bienestar y supervivencia de estas especies. Este comercio trasciende las fronteras nacionales, por lo que es necesario establecer y garantizar que el uso de los recursos hidrobiológicos sea sustentable y responsable, maximizando los beneficios económicos conjuntos, preservando la biodiversidad y el medio ambiente. De ese modo, el Estado peruano podrá ejercer un mejor control y vigilancia que evite la explotación desmesurada de los especímenes de fauna silvestre. Entre estas especies se encuentra el tiburón.

1.2. Importancia del tiburón

Los tiburones son peces que tienen el esqueleto conformado de cartílago, al igual que las rayas y las quimeras. Los recursos acuáticos de las diferentes especies de tiburones juegan un papel fundamental en los ecosistemas marinos, ya que en su mayoría son considerados los principales depredadores de la cadena alimentaria (Compagno et al., 2005). Al alimentarse, los tiburones no solo se alimentan a sí mismos, sino que a la par controlan el tamaño de las poblaciones de sus presas y, por lo tanto, el equilibrio del ecosistema acuático (Stevens et al., 2000). Debido a esto, existe un amplio consenso sobre la preocupación por la conservación de los recursos acuáticos (depredadores) como los tiburones en la cadena alimentaria (Holmlund y Hammer, 1999), y la gran amenaza que representa su extinción para los ecosistemas acuáticos (Stevens et al., 2000; Sergio et al., 2006; Ward & Myers, 2005). Desgraciadamente, en la actualidad, el recurso hidrobiológico del tiburón en sus diferentes especies es objeto de una gran explotación pesquera que perjudica su existencia en todo el mundo. Situación que ha generado que la mayoría de las poblaciones de especies grandes y se encuentran en estado de reproducción hayan sido perjudicadas drásticamente, disminuyendo en los últimos años (Baum et al., 2003; Myers et al., 2007). Más del 17% del total de recursos acuáticos de tiburones del mundo están amenazados o en peligro (Stevens et al., 2000; IUCN, 2010). Esto se debe principalmente a los altos requisitos de productos de aleta de tiburón de varios países, la mayoría de los cuales son mercados donde los países asiáticos son los principales consumidores. Estudios han concluido que entre de 26 a 76 000 000 de tiburones son comercializados anualmente en estos países (Clarke et al., 2006), con un rédito anual equivalente de US\$400 a US\$550 000 000 (Clarke et al., 2007).

A lo largo de los años, la pesca ilegal se ha posicionado rápidamente como una de las actividades delictivas más costosas y rentables en varios países, generando entre US\$ 10 000 000 y US\$ 23 000 000 000 cada año, con una estimación de que una de cada ocho actividades marinas es ilegal (Agnew et al., 2009). Se encuentran dentro de esta fecunda e ilegal actividad grupos de crimen organizado transnacionales (DOT) que tienen incluso injerencia en las instituciones administrativas del Estado peruano, las cuales brindan facilidades para que se consolide el ilícito negocio.

Uno de los tipos de negocios que ha generado que la pesca ilegal sea más alarmante para el recurso hidrobiológico tiburón, requerida por los traficantes, es la extirpación de aletas. Siendo de los principales negocios que presenta una gran rentabilidad, dentro del cual los grupos DOT han pasado a formar parte. Hoy en día la explotación de la extracción de aletas de tiburón (aleteo) se está expandiendo raudamente por la gran mayoría de países, siendo la principal amenaza a las poblaciones de esta especie. La

comercialización de aletas de tiburón actualmente en el mercado internacional es uno de los productos pesqueros que tienen un valor económico muy alto: 1kg de aleta de tiburón puede alcanzar los USD\$ 700 o más. En Asia, una sola aleta de tiburón puede llegar a venderse en \$USD 1000 y un plato de sopa de aleta puede costar USD\$100 a USD\$120. Las aletas pectorales de un tiburón ballena se pueden vender por \$US D20.000 y la aleta pectoral de un tiburón peregrino puede alcanzar el precio de USD\$ 50.000. En total, la industria ilegal o comercio ilegal de aletas de tiburón pueden generar entre USD\$ 540 000 000 a USD\$ 1.2 000 000 000 anualmente.

El incremento de la explotación y pesca de los recursos acuáticos en el mundo, la falta de control por parte de las autoridades, la flexibilización de las regulaciones y la falta de conciencia de la población han provocado una disminución del número de especies de condrictios, en particular, algunos de los cuales son el tema principal de las pesquerías y otros, aunque está claro que no es así, salvo que estadísticamente es el más alto en capturas (Ferreti et al., 2010). A nivel global, durante los últimos 60 años, ha habido una considerada disminución estimada del 90% en el número de los depredadores marinos como es el caso de los tiburones y tilapias (Myers & Worm, 2003; Worm et al., 2013; Queiroz et al., 2019). De igual forma, la pesca ilegal de especies de tiburones ha reducido la tasa de mortalidad natural de muchas especies de presa, lo que ha contribuido a cambios en la abundancia, distribución y comportamiento de tiburones pequeños o juveniles, mantarrayas y tiburones, peces óseos, mamíferos marinos y tortugas marinas, porque tienen menos animales depredadores. Por lo tanto, los tiburones son reconocidos como una especie esencial en la parte superior de la cadena alimentaria cambiante en las comunidades marinas, con la capacidad de moldearlos en vastas áreas de espacio y tiempo (Ferreti et al., 2010). Esto ocurre a través de la atribución directa de las interacciones con los depredadores, así como los efectos de no consumo, que son efectos que ocurren indirectamente cuando una especie (por ejemplo, diferentes especies de tiburones), a través del consumo (o la falta del mismo), altera los aspectos estructurales de otras. Las poblaciones como las especies que son alimento para los tiburones, incluida la historia de vida, el comportamiento, la morfología y sus actitudes y preferencias al elegir peces (Werner y Peacor, 2003).

Las aguas peruanas exhiben un alto valor de conservación para los tiburones. Esto contrasta con el rezago en las iniciativas para su manejo y la falta de estudios por especialistas a fin de conocer más a fondo su biología, ecología y pesquería.

1.3. Extracción del tiburón en el Perú

Investigamos la dinámica de la pesquería peruana de tiburón y su marco legal identificando vacíos de información para recomendar acciones con las cuales mejorar la gestión. Además, investigamos la importancia de la pesquería peruana de tiburones desde una perspectiva regional. Desde 1950 hasta 2010 se desembarcaron en el Perú 372 015 toneladas de tiburones. De 1950 a 1969, detectamos un aumento significativo en los desembarques; pero de 2000 a 2011 hubo una disminución importante de los desembarques, estimada en un 3.5% anual. Seis especies representaron el 94% de los desembarques: tintorera (*Prionace glauca*), marrajo dientuso (*Isurus oxyrinchus*), tiburón martillo (*Sphyrna zygaena*), tiburón zorro (*Alopias vulpinus*), gallineta (*Mustelus whitneyi*) y angelote (*Squatina californica*). De estos, el tiburón ángel (*Squatina squatina*) presenta una fuerte y significativa disminución en los embarques: 18.9% anual de 2000 a 2010.

En el Perú desde el 2011 al 2020¹ desembarcaron 109 223 toneladas de tiburón que representa el 30% de lo que se ha desembarcado en el periodo de 1950-2010 (60 años), siendo las especies más capturadas: tiburón zorro (*alopias sp*), tollo común (*Mustelus-whitneyi*), tiburón martillo (*Sphyrna-zygaena*), tiburón azul (*Prionace-glauca*) y cazón chileno (*Galeorhinus-galeus*).

Perú reporta los desembarques de tiburón de carácter histórico acumulados más altos en el Océano Pacífico; pero su contribución a los desembarques anuales ha disminuido desde 1968. A pesar de esto, Perú sigue siendo uno de los 12 mayores exportadores de aletas de tiburón al mercado asiático, del cual Hong Kong tiene la mayor demanda. Aunque el gobierno compila el peso total por especie, no se informa el número de especímenes desembarcados ni los parámetros de la población (tamaño, sexo y peso). Además, para algunos géneros, la identificación por parte de las entidades administrativas competentes a nivel de especie es deficiente y, por lo tanto, sobreestima la biomasa desembarcada por especie y subestima la diversidad de especies. Recientemente, se han implementado esfuerzos regionales para regular la pesca de tiburones para apoyar la conservación de los tiburones, pero en Perú aún queda trabajo por hacer.

Hasta el momento se han identificado 536 especies de tiburones en todo el océano (Ebert et al., 2021). En Perú se ha registrado la presencia de 66 especies, de las cuales 33 son capturados por la pesquería, y las especies más capturadas que se encuentran en peligro de extinción son las siguientes: tiburón azul (*Prionace glauca*), tiburón diamante

¹ Base de datos del Ministerio de Producción: Estimados de desembarque (kg) de especies seleccionadas de tiburones y tollos registrados por la pesquería artesanal a lo largo del litoral durante el periodo 2015-2021.

(*Isurus oxyrinchus*), tiburón zorro (*Alopias pelagicus*), tiburón martillo (*Sphyrna zygaena*), tollo común (*Mustelus whitneyi*) y angelote (*Squatina sp.*).

La actividad de extracción y pesca de tiburones en Perú es muy importante para los pescadores artesanales y presenta el mayor desembarco histórico acumulado en el Océano Pacífico. Además, el nuestro está entre los 12 países con mayor índice de exportación de aletas de tiburón (González-Pestana et al., 2016). Recientemente se están realizando estudios sobre la biología y ecología de los tiburones y rayas en Perú (Maguiño et al., 2016; González-Pestana et al., 2017, 2019; Córdova-Zavaleta et al., 2018).

En el Perú, la investigación sobre elasmobranquios es escasa y se ha limitado casi a los registros fósiles (por ejemplo, Ehret et al., 2009; 2012; Collareta et al., 2017; Landini et al., 2017) y a la pesca (por ejemplo, Alfaro-Shigueto et al., 2010; Doherty et al., 2014; Velez-Zuazo et al., 2015; Gonzalez-Pestana et al., 2016).

Las estadísticas² sobre desembarque de especies de tiburón registrados en la pesca artesanal, según reporte de IMARPE, desde 2015 al 2021, asciende a 37 668 toneladas, Cazón-chileno, -cazón-de-aleta (*Galeorhinus-galeus*), Cazón-mantequero, -cuero-duro *Carcharhinus-porosus*, Tiburón-pardo (*Carcharhinus-brachyurus*), Cazón-vidrio (*Rhizoprionodon-longurio*), Tiburón-azul (*Prionace-glauca*) y Tiburón-martillo, -cruceta (*Sphyrna-zygaena*). Se ha identificado que varios de estos desembarques no son fiscalizados por el Ministerio de Producción, ni fiscalizados por el personal de la Dirección Regional de Producción.

El Ministerio de la Producción-PRODUCE es una Institución Estatal con facultades administrativas, con personalidad jurídica de derecho público, que ejerce facultades a nivel estatal sobre las personas naturales y jurídicas. Detenta facultades para formular, aprobar, ejecutar y fiscalizar las actividades pesqueras, acuícolas, industriales, microempresariales, empresas medianas, y grandes de Minería estatal, la extensión de las actividades de producción y procesamiento en subsectores como comercio interior, promoción de ventas, cooperativas y desarrollo de parques industriales.

Dentro de su mandato, ejerce competencias exclusivas en planificación pesquera y acuícola, pesca industrial, acuicultura para medianas y grandes empresas, normalización industrial y planificación de productos regulados, así como innovación productiva y transferencia de tecnología.

Por otro lado, regula la actividad administrativa de fiscalización y supervisión, así como también el procedimiento administrativo sancionador en materia de pesquera

² Base de datos de IMARPE: Estimados de desembarque (kg) de especies seleccionadas de tiburones y tollos registrados por la pesquería artesanal a lo largo del litoral durante el periodo 2015-2021.

y acuícola, a través del área de la Dirección General de Supervisión, Fiscalización y Sanción. Esta labor de fiscalización (Ruiz Costaguta, 2022), supervisión y el proceso sancionatorio, es realizado exclusivamente por el Ministerio de la Producción, teniendo atribuciones en el ámbito de pesca de menor escala, pesca industrial, acuicultura de mediana y gran empresa, que es aplicado a aquellas personas naturales o jurídicas en caso infrinjan una norma administrativa.

Por otro lado, regula las actividades administrativas bajo control y vigilancia a través de la Dirección General de Supervisión, control y sanciones, así como los procedimientos administrativos sancionadores en materia de pesca y acuicultura. La tarea de este proceso de control, vigilancia y sanción definitiva es un programa cuyas funciones son realizadas únicamente por el Ministerio de la Producción, en lo relativo a la regulación de la pesca, acuicultura, pesca industrial, acuicultura en medianas y grandes empresas. La persona natural o jurídica que infrinja las normas administrativas.

2. Marco legal

Al ser considerados recursos hidrobiológicos por tratarse de animales acuáticos que nacen en el medio acuático y no son anfibios, los tiburones se encuentran sujetas a la normativa pesquera bajo competencia y vigilancia del Ministerio de la Producción.

En el Perú, la Ley General de Pesca (Decreto Ley N. 25977) establece que el Estado vela por la protección y conservación del medio ambiente en el marco legal de las actividades pesqueras. Asimismo, prevé la adopción de las medidas necesarias para prevenir, reducir y controlar el riesgo de daño al medio ambiente marino, terrestre y atmosférico por su contaminación o deterioro. Por tal motivo, todo usuario debe demostrar el cumplimiento obligatorio de las normas de pesca vigentes, las cuales tienen como objetivo prevenir y así evitar la extracción y venta ilegal de especies acuáticas protegidas y prohibidas por el Estado peruano. Cabe señalar que es necesario acreditar el cumplimiento de las obligaciones establecidas en la normativa vigente para todas las especies protegidas, pero pueden obtenerse o venderse en nuestro país y en el extranjero con las correspondientes licencias emitidas por las distintas unidades administrativas en su territorio.

Con la promulgación de la Ley General de Pesca se ha intentado regular la actividad pesquera para incentivar y promover el desarrollo sostenible como fuente de alimentación, empleo e ingresos económicos. Para ello, se ha llegado a un acuerdo para asegurar el uso responsable de los recursos hidrobiológicos vivos a fin de optimizar los

intereses económicos del Estado peruano, respetando la protección del medio ambiente y la preservación de la diversidad biológica marina.

Esta ley reconoce los recursos naturales, incluidos los recursos acuáticos vivos en aguas bajo jurisdicción peruana, como propiedad nacional.

Por tanto, corresponde al Estado regular la gestión integral y el desarrollo racional y sustentable de los citados recursos hidrobiológicos vivos, porque todos los ciudadanos sabemos que la pesca es de interés nacional, incluido el interés internacional, para asegurar un futuro óptimo a nuestros descendientes.

Es necesario resaltar que, hoy en día, en torno de los recursos hidrobiológicos tiburones y elasmobranquios no se cuenta con planes debidamente definidos sobre el manejo estratégico y normativo por parte del Estado peruano. Si bien es cierto, en el Perú según Resolución Ministerial N. 008-2016-PRODUCE, de fecha 14 de enero del 2016 se establece la temporada nacional de pesca de tiburón martillo (*Sphyrna zygaena*) del 11 de marzo al 31 de diciembre de cada año; la extracción de los recursos mencionados está prohibida todos los años del 01 de enero al 10 de marzo, y la mayoría de las especies no tienen cupos establecidos, la prohibición o temporadas de pesca también son válidas, solo se consideran como objetivo principal las reglas de procesamiento de menor tamaño.

Existiendo un frágil y débil control de fiscalización y supervisión de desembarques que genera una limitada trazabilidad de estos recursos marinos, máxime que el Ministerio de la Producción mediante Resolución Directoral N. 00096-2021-PRODUCE/DGSFS-PA, en el litoral peruano ha fijado cincuenta (50) puntos de desembarque autorizados del recurso tiburón que, comparado con los años anteriores, superan en una gran cantidad, los cuales generarían un menor control que favorecería a los traficantes ilegal del recurso de tiburón, sin perder de vista de aquellos puntos de descarga de manera informal desconocidas por las autoridades, que han sido creadas de manera clandestina a efecto de que por personas procedan a realizar actividades de comercialización de forma ilegal.

Según la Ley 27789 y el Decreto Supremo 002-2002-PRODUCE modificado por el Decreto Supremo 006-2003-PRODUCE, se aprobó el Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de la Producción, según el cual dicha institución es la única institución del Estado con competencia en ordenamiento pesquero. El Perú es signatario de la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas (CITES) desde 1975, mediante el cual se compromete a asignar autoridades competentes administrativas para que estas emitan permisos o certificados de procedencia de los individuos comercializados de las especies listadas. Además, cada parte deberá asignar entidades científicas para definir dictámenes de extracción no perjudicial (DENP), como

un medio para garantizar que los individuos comercializados de especies listadas forman parte de estrategias de aprovechamiento sostenible que no comprometa la supervivencia de sus poblaciones. En el caso peruano, para las especies consideradas como recursos hidrobiológicos en la normativa vigente, es el Ministerio de la Producción la entidad con competencia en el caso de los tiburones. Las especies de recurso hidrobiológico de tiburones, presentes en aguas peruanas, incorporado en el Apéndice II de CITES, se encuentran descritas en el Listado de Especies de Fauna Silvestre CITES del cual el Estado peruano forma parte.

El Reglamento de Ordenamiento Pesquero (Ministerio del Ambiente, 2021) (ROP) del Atún (Decreto Supremo N. 014- 2001-PE) regula los parámetros pertinentes para la pesca incidental de tiburones considerados como fauna acompañante (*Carcharhinus galapagensis*, *Carcharhinus falciformis*, *Carcharhinus limbatus*, *Carcharhinus longimanus*, *Prionace glauca*, *Sphyma zygaena*, *Isurus oxyrinchus*, *Heterodontus quoyi*, *Alopias vulpinus* y *Galeorhinus zyopterus*). Normativa que establece los límites porcentuales de captura incidental en relación a la captura total del recurso objetivo y según el arte de pesca utilizado. (Ministerio del Ambiente, 2021).

La Resolución Ministerial N. 209-2001-PE (Ministerio del Ambiente, 2021) prescribe el listado de tallas mínimas de captura y tolerancia máxima de peces marinos juveniles de cinco (5) especies de tiburones y todo un género (*Carcharhinus spp.*, *Prionace glauca*, *Isurus oxyrinchus*, *Mustelus whitneyi*, *Mustelus mento* y *Triakis maculata*).

Plan de Acción Nacional para la Conservación y Manejo de Tiburones, Rayas y Especies Afines en el Perú (PAN Tiburón - Perú), aprobado por Decreto Supremo N. 002-2014-PRODUCTOR. Su principal objetivo es asegurar la conservación y manejo pesquero de tiburones, rayas y especies afines en aguas bajo jurisdicción peruana a través de cuatro rutas estratégicas:

- Línea de Acción Estratégica 1: Sistemas de recolección de información y bases de datos.
- Línea de Acción Estratégica 2: Utilización de la investigación científica y tecnológica en conservación.
- Línea de Acción Estratégica 3: Regulación y control.
- Línea de Acción Estratégica 4: Promoción, educación, difusión y sensibilización.

Decreto de la Corte Suprema N. 016-2016-PRODUCE establece medidas que autorizan la operación en puertos y astilleros peruanos de embarcaciones de bandera

extranjera que se dediquen a la pesca en alta mar de recursos acuáticos vivos altamente migratorios, transfronterizos o transfronterizos con el fin de prevenir, prevenir y erradicar la pesca ilegal, no registrada y no reglamentada. La trascendencia de este decreto es que su aplicación se extiende también a los tiburones como animales de compañía.

Aprobado el Decreto Supremo N. 021-2016 - PRODUCTORES: “Ordenar Acciones sobre la Cosecha de Recursos de Tiburones”, este prohíbe el desembarque de stocks de tiburones en aletas a granel, así como el desembarque de ejemplares sin cabeza. Además, se definen los sitios de desembarque y desembarque de tiburones y se requiere completar un nuevo procedimiento denominado “Certificado de desembarco de recursos de tiburones”.

Decreto Supremo N. 010-2017-PRODUCTO: Modificaciones al Decreto Supremo N. 021-2016-PRODUCE, que modifica el artículo 1 al eliminar la prohibición de desembarco sin cabeza, modifica el artículo 3 de la DPA a “lugar de aterrizaje” y finalmente modifica una cláusula adicional.

Decreto Supremo N. 017-2017-FABRICANTES: Confirmación del Reglamento de Vigilancia de las Actividades Pesqueras y Acuícolas y Sanciones por Infracciones: Artículo 38 “Sujeción de recursos o productos de tiburón a la totalidad o parte de sus aletas Desembarcar con él puesto. Por supuesto, así como en lugares de aterrizaje no autorizados. Artículo 82 “Transporte, comercialización y/o almacenamiento de recursos acuáticos de tiburones que no resulten de actividades de inspección durante el desembarque”.

3. Tipificación del delito de tráfico ilegal de especies acuáticas de la flora y fauna silvestre en el Perú

La descripción típica del delito de tráfico ilegal de especies acuáticas de la flora y fauna silvestre, conforme al art. 308-A del Código Penal prescribe lo siguiente:

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, el que adquiere, vende, transporta, almacena, importa, exporta o reexporta productos o especímenes de especies acuáticas de la flora y/o fauna silvestre bajo cualquiera de los siguientes supuestos: 1. Sin un permiso, licencia o certificado válido. 2. En épocas, cantidades, talla o zonas que son prohibidas o vedadas.

En concordancia con el Artículo 309, numeral 5, Formas agravadas, prescribe:

En los casos previstos en los artículos 308, 308-A, 308-B y 309-C, la pena privativa de libertad será no menor de cuatro años ni mayor de siete años cuando el delito se cometa bajo cualquiera de los siguientes supuestos: ... 5. *Cuando se trate de especies de flora y fauna silvestre o recursos genéticos protegidos por la legislación nacional.* (las cursivas son nuestras)

En el delito de tráfico ilegal de especies acuáticas, se tiene que el bien jurídico protegido es la biodiversidad como parte del sistema ecológico o medio ambiente, pues se busca conservar las especies de flora y fauna acuáticas que puedan verse afectadas por las alteraciones derivadas de la ruptura del equilibrio biológico (Becerra Urbina, 2013, p. 174).

En el Perú, a través de las investigaciones realizadas por las Fiscalías Especializadas en Materia Ambiental, se ha logrado identificar que son diferentes las especies de tiburones que han sido afectadas. A fin de controlar y contrarrestar este ilícito negocio es necesario que todas las instituciones competentes en el control, supervisión y sanción (administrativa y penal) hagan un trabajo articulado, ya que la indiferencia podría generar un daño real y daño potencial (Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental, 2014) en la supervivencia de esta especie que cumplen una función muy importante dentro de la cadena alimenticia.

Dentro de las disposiciones administrativas aplicables en este caso en el artículo 2 de la Ley General de Pesca, aprobada por Decreto N. 25977, se establece que los recursos acuáticos vivos en las aguas bajo jurisdicción del Perú son propiedad del Estado y por tanto las actividades pesqueras. Existe una gestión integral y el desarrollo racional debe ser regulado por el Estado.

Asimismo, del artículo 11 de la citada ley se desprende que el Ministerio de Pesca coordinará los principios de sostenibilidad o conservación a largo plazo de los recursos pesqueros, según el tipo de pesca y el estado de la misma. Se están desarrollando los recursos. Para el máximo beneficio económico y social.

Asimismo, el artículo 134 de la Ley General de Ordenación de la Pesca No. 74, modificado por Decreto Supremo N. 017-2017-PRODUCE, aprueba reglamento sobre actividades pesqueras y acuícolas, control de comercialización o almacenamiento y sanciones de especies declaradas protegidas.

Asimismo, el artículo 134 del Reglamento de la Ley General de Pesca N. 3, modificado por el Decreto Supremo N. 017-2017-PRODUCE, aprobó el Reglamento para el control y sanciones de las actividades pesqueras y acuícolas; Información o documentos falsos, cuando sean requeridos por la administración de acuerdo con la

normativa aplicable o durante las inspecciones sin documentos que acrediten el origen legal y la trazabilidad de los recursos o productos de agua necesarios, o proporcionando información falsa a sabiendas u ocultando, destruyendo o alterando el departamento de producción o contabilidad, registros, documentos, requeridos por una empresa certificadora/supervisora designada por el Ministerio de la Producción”.

4. Perú como parte de la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Flora y Fauna Silvestre (CITES)

En 1975, Perú ratificó la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestre (CITES) (Decreto Ley N. 21080), la cual fue firmada en Berna (Suiza) el 30 de diciembre de 1974. Con esto en mente, la Convención y sus anexos son obligatorios, por lo que los países contratantes han adoptado su propia legislación nacional para garantizar la aplicación e implementación de CITES a nivel nacional.

Al respecto, el literal a) del numeral 2, artículo 2 de la CITES, establece que sus especies del Apéndice II son aquellas que, aunque no están necesariamente en peligro de extinción, pueden estar en peligro de extinción a menos que se comercialicen especímenes de dichas especies. Las especies están estrictamente reguladas para evitar una explotación incompatible con su supervivencia; de acuerdo con el Apéndice II de la Convención Internacional sobre Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (CITES), la clase Elasmobranchii incluye varias especies de tiburones, incluido el tiburón peregrino, el tiburón ballena, el tiburón blanco, tiburón martillo, tiburón diamante, etc.

Que, la Octava Disposición Complementaria del Decreto Supremo N. 018-2018-MINAGRI, que aprueba el Reglamento para la Gestión Forestal, señala que

Todas las especies de flora silvestre que constituyen el Patrimonio Forestal y de Fauna Silvestre de la Nación se encuentran protegidas por la legislación nacional, siendo de especial interés para el Estado las especies incluidas en la clasificación oficial de las especies de flora silvestre categorizadas como amenazadas o en convenios internacionales, así como las especies categorizadas como casi amenazado o como datos insuficientes, o si es endémica...

Así también, el artículo 55 de la Constitución Política del Perú de 1993, que dispone que los tratados celebrados por el Estado y que se encuentran en vigor, forman parte del derecho nacional, por lo que la propia Constitución establece que los tratados

son fuente de derecho en el ordenamiento jurídico peruano. En ese sentido, el Tribunal Constitucional, ha señalado que

El tratado como forma normativa en el derecho interno tiene algunas características especiales que lo diferencian de las otras fuentes normativas. Ello porque, por un lado, los órganos de producción de dicha fuente (esto es, los Estados y los organismos internacionales que celebran el tratado), se desarrollan su actividad productora en el ámbito del derecho internacional, y por otro, porque su modo de producción (por ejemplo, las reglas de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados – negociación, aprobación y ratificación) se rige por el derecho internacional público. (Sentencia 047-2004, fundamento 19)

De acuerdo con el Reglamento de Implementación CITES de Perú, el Departamento de Producción (PRODUCE) es la Autoridad Administrativa CITES - Perú responsable del manejo de especímenes de especies marinas y acuáticas continentales listadas en los Anexos I, II o III de la Convención (Decreto Supremo N. 030-2005-AG, Decreto Supremo N. 01-2008-MINAM).

En este caso, la Agencia de Gestión CITES es la encargada de emitir los permisos y certificados para la comercialización de especímenes sin poner en peligro la supervivencia de la población, con base en las recomendaciones CITES de la Agencia Científica Peruana. La principal función del organismo científico de CITES, por otro lado, es brindar asesoramiento para garantizar que la exportación de especímenes de especies enumeradas en los Anexos I, II y III no amenace la supervivencia de esta especie.

En consecuencia, se tiene que el recurso hidrobiológico tiburón, en sus diferentes especies, constituye un recurso que se encuentra legalmente protegido de conformidad con las normas antes citadas. Sin embargo, resulta necesario ampliar su protección normativa, conforme se plantea en el presente artículo, a efecto de tener mayor control de fiscalización ante el crecimiento de las organizaciones criminales dedicadas a este ilícito negocio.

5. Comercio de tiburones y sus derivados

Se han comenzado a utilizar métodos de testeo genético y molecular (Pardo Ibarra, 2020) para determinar el origen de las aletas de tiburón comercializadas en el mayor punto de comercio de aletas de tiburón del mundo (Hong Kong), y se determinó que gran parte de las especies comercializadas son consideradas amenazadas.

El Perú se encuentra en el puesto 86 de 152 países, en base a su índice de Pesca Ilegal, No Declarada y No Reglamentada (IUU por sus siglas en inglés). Asimismo, mediante métodos similares, se ha encontrado que los recursos hidrobiológicos de tiburones y rayas listadas en el Apéndice II de CITES son de las más aprovechables y de mayor demanda en el comercio internacional de tiburones, lo cual sugiere que el manejo y control de la extracción y comercio de estas especies, derivado de las obligaciones asumidas a través de la firma de CITES, no es relevante ni impacta positivamente la recuperación de estos recursos.

En Perú se realizaron estudios genéticos de la carne de diferentes productos hidrobiológicos comercializados mediante platos de comida marina en restaurantes (principalmente, mediante ceviche y sushi) y en puntos de comercialización a manera de filete. En estos estudios se identificó que existía una práctica de fraude generalizada en la identidad de las especies vendidas y se identificó que, mediante una gran variedad de nombres de peces, se vendía carne de tiburones, incluyendo algunos amenazados como el tiburón martillo sedoso (*Sphyrna zygaena*) y la especie protegida tiburón ballena (*Rhincodon typus*), entre otros.

Conforme se puede apreciar en la Tabla 1 de la FPEMA-Tumbes, sobre la incautación del producto hidrobiológico Tiburón.

Tabla 1

Información sobre casos de tiburón – FPEMA Tumbes

Número de casos	Cantidad personas investigadas	Agraviado	
13	45	El Estado	
Cantidad de producto hidrobiológico incautado			
Recurso hidrobiológico	Cantidad de troncos	Total, peso troncos kg	Total, peso aletas en kg
Tiburón Martillo (<i>Sphyrna zygaena</i>)	556	1,824.85	325.90
Tiburón Zorro Ojón (<i>Alopias superciliosus</i>)	180	6,600.81	209.20
Tiburón Zorro Pelágico (<i>Alopias pelagicus</i>)	403	14,197.98	249.60
Tiburón Diamante (<i>Isurus oxyrinchus</i>)	05	161.70	

Número de casos	Cantidad per- sonas investi- gadas		Agraviado
Tiburón Azul (<i>Prionace glauca</i>)	01	40.00	38.80
Aleta Seca de Tiburón			1,800.00
Tiburón Zorro Puntas Negras	03	93.60	
Tiburón Jaquetón o Manteque- ro	01	30.40	
Total	1,149	22,949.34	2,623.50

En Chile, se realizó un estudio que determinó que gran parte de los tiburones raya desembarcados en dicho país se encontraban en algún grado de amenaza bajo la última actualización de la clasificación IUCN (Montoya, 2020).

Se ha identificado que existe un tráfico ilegal de aleta de tiburón proveniente desde Ecuador con destino final a China y embarcado desde Perú, delito tipificado en el Artículo 308-A del Código Penal. Se realizó un informe periodístico sobre dicho sistema aquí: [https://conexionambiental.pe/trafico IUU Fishing Index.net](https://conexionambiental.pe/trafico_IUU_Fishing_Index.net)

En Perú existe un precedente de sanción por el comercio ilícito de aletas de tiburón. Recomendamos que las Fiscalías Especializadas en materia Ambiental-FEMA provinciales que enfrentan este tipo de delitos generen espacios de colaboración para replicar y extender la implementación de las estrategias y claves que logre una sentencia condenatoria que genere el efecto disuasivo deseado. Cabe recordar que la FEMA SANTA logró una sentencia con pena privativa de libertad de cuatro años y seis meses de pena efectiva y una reparación civil de S/ 106 375 por el delito de Tráfico Ilegal de Especies Acuáticas en su forma agravada. Esta sentencia fue emitida en febrero de 2022 por el Cuarto Juzgado Penal de la Corte de Justicia de Santa, respecto de la intervención que se realizó en el 2018, en la ciudad de Chimbote, en circunstancias que se transportaban aletas secas de tiburón. A través de la tabla 2 se ampliará los datos correspondientes al caso.

Tabla 2*Aletas secas de tiburón intervenidas en Chimbote 2018*

Cantidad de sacos	Peso total	Cantidad de sacos muestreados
51	2,163.68	48
Especies identificadas	Nombre común	Especies CITES
<i>Alopias pelagicus</i>	Zorro pelágico.	<i>Alopias pelagicus</i> .
<i>Alopias superciliosus</i>	Zorro ojón	<i>Alopias superciliosus</i>
<i>Alopias vulpinus</i>	Zorro común	<i>Alopias vulpinus</i>
<i>Sphyrna lewini</i>	Tiburón martillo festeonado	<i>Sphyrna lewini</i>
<i>Sphyrna zygaena</i>	Tiburón martillo	<i>Sphyrna zygaena</i>
<i>Sphyrna tiburo</i>	Tiburón martillo cabeza de pala	<i>Sphyrna tiburo</i>
<i>Carcharhinus falciformis</i>	Tiburón sedoso	<i>Carcharhinus falciformis</i>
<i>Carcharhinus longimanus</i>	Tiburón punta blanca	<i>Carcharhinus longimanus</i>
<i>Carcharhinus limbatus</i>	Tiburón punta negra	<i>Carcharhinus limbatus</i>
<i>Carcharhinus altimus</i>	Tiburón baboso	<i>Carcharhinus altimus</i>
<i>Galeocerdo cuvier</i>	Tiburón tigre	<i>Galeocerdo cuvier</i>
<i>Mustelus lunulatus</i>	Tollo	<i>Mustelus lunulatus</i>
<i>Naxolamia velox</i>	Cazón pico blanco	<i>Naxolamia velox</i>
<i>Isurus oxyrinchus</i>	Tiburón diamante	<i>Isurus oxyrinchus</i>
<i>Prionace glauca</i>	Tiburón azul	<i>Prionace glauca</i>

A lo largo de los últimos años, ha habido avances en la lucha contra la pesca y comercio ilegal de tiburones que amenaza la supervivencia de las poblaciones de estas especies, pero aún quedan retos por enfrentar.

En diciembre del año 2018, la organización no gubernamental OCEANA publicó la *Guía de identificación de aletas de tiburón en el Perú* (Hernández, Heidemeyer y Abercrombie, 2018), la cual puede ser utilizada durante las intervenciones y operativos, para identificar correctamente la especie a la cual pertenecen.

De conformidad con lo regulado por el Decreto N. 486. Expedir las normas para la regulación de la pesca, establece:

Artículo 1. Para fines relacionados, la pesca incidental se define como la recolección involuntaria de especies acuáticas vivas utilizando artes de pesca o sistemas de pesca destinados a la recolección voluntaria y sistemática de otras especies acuáticas vivas.

Artículo. 2. Prohibición de la pesca para determinados fines a nivel nacional sea el tiburón. Por lo tanto, se prohíbe el uso de artes y sistemas de pesca diseñados específicamente para la captura de tiburones.

Que actualmente continúan las actividades de importación de aletas y troncos de tiburón, no obstante ser pesca incidental, que según las estadísticas la Intendencia de Aduanas de Tumbes, la cual reporta en el 2019, se han realizado importaciones de aletas secas de tiburón en una cantidad de 98171.9Kg, especies tiburón zorro (*Alopias pelagicos*), tiburón azul, tiburón tinto (*Isuru oxyrinchus*) tiburón amargo (*Alopias pelagicus*).

Que, en el 2020, reporta la Intendencia de Aduanas, la importación de aletas secas de tiburón la cantidad de 93666 kg, de tiburón zorro (*Alopias pelagicos*), tiburón amargo zorro ojón (*Alopias supercilious*), tiburón rabón zorro pelágico (*Alopias pelagicus*), tiburón azul (*Prionace glauca*), tiburón mico (*Carcharhinus falciformis*) y tiburón tinto (*Isuru oxyrinchus*).

Respecto de la importación de aletas secas de tiburón de origen ecuatorianas, en el período 2021, la Intendencia de Aduanas Tumbes reporta en sus estadísticas, que alcanzó 294254 kg, de aletas de tiburón amargo zorro ojón (*Alopias supercilious*), tiburón rabón zorro pelágico (*Alopias pelagicus*), tiburón azul (*Prionace glauca*), tiburón mantequero (*Carcharhinus brachyurus*), tiburón diamante (*Isurus oxyrinchus*), tiburón brillante, tiburón baboso (*Carcharhinus altimus*) y tiburón come perro.

En relación a la importación de troncos de tiburón de Ecuador en el 2021, la Intendencia de Aduanas Tumbes, reporta 544157.4 Kg, de las especies tiburón azul (*Prionace glauca*) y tiburón rabón (*Alopias pelagicus*).

En el 2022, reportó hasta junio de 2022, importación de Ecuador de 24 089 kg de troncos de tiburón rabón (*Alopias pelagicus*). En cuanto, el mismo periodo, la importación de aletas secas de tiburón 80 212.85 kg de las especies tiburón amargo zorro ojón (*Alopias supercilious*), tiburón rabón zorro pelágico (*Alopias pelagicus*), tiburón azul (*Prionace glauca*), tiburón brillante (*Carcharhinus limbatus*), tiburón baboso (*Carcharhinus altimus*), tiburón come perro (*Carcharhinus leucasi*) y tiburón gata (*galeocerdo cuvier*).

Tabla 3*Importación de Aletas secas de tiburón 2019-2022*

	Aletas de tiburón	Troncos de tiburón	% Variación aletas	% Variación troncos
2019	98171.9		0	0
2020	93666		-5%	0
2021	294254	544157.4	214%	0
2022	160425.7	48178	-45%	-91%

En ese sentido, se aprecia que el 2021, en relación al 2019, se ha incrementado la importación de aletas secas de tiburón en un 297%. Actualmente ha disminuido las importaciones de las aletas secas de tiburón.

6. Conclusiones

- a) El artículo 4. del Decreto Supremo N. 021-2016-PRODUCE obliga a las personas naturales y jurídicas que transporten y/o almacenen recursos pesqueros de tiburón, consignar el número del Certificado de Desembarque de Tiburón y del Acta de Inspección en la guía de remisión correspondiente. Creemos que esta regla debe modificarse para extender la compra, venta, exportación o reexportación de recursos y productos de tiburones más allá de la necesidad de un certificado de desembarque emitido electrónicamente con una fecha de vencimiento para demostrar la legalidad de los recursos y productos de tiburones para el origen y fines de trazabilidad.
- b) El Ministerio de la Producción ha establecido que la Dirección General de Supervisión, Control y Sanciones y la Dirección Regional de la Producción, están facultadas para realizar el control y vigilancia en los puntos de descarga y desembarque de tiburón. Sin embargo, estas entidades no tienen los fiscalizadores necesarios para que realicen un mayor control en los puntos establecidos, siendo necesario que se implemente la capacidad operativa de fiscalización en el Ministerio de Producción y la Dirección Regional de Producción, para que en los puntos de desembarques de tiburón se verifique el cumplimiento de lo establecido en el Reglamento de Ordenamiento Pesquero de Tiburón, que exige que este recurso sea descargado con las aletas adheridas al cuerpo a fin de evitar que se practique el aleteo y, por ende, se irrumpa con la trazabilidad del recurso.

- c) Que los certificados de desembarque de tiburón sean emitidos electrónicamente para así ser fiscalizados y evitar que sean utilizados en forma rotativa (ruleteo) por otras embarcaciones que realizan descargas de tiburón.
- d) En el Perú se evidencia escasa capacidad operativa de fiscalizadores e inspectores de la Dirección General de Supervisión y Sanciones del Ministerio de la Producción y de las Direcciones Regionales de la Producción en sitios de desembarques de tiburones.
- e) Que el Organismo Nacional de Sanidad Pesquera - SANIPES es el ente encargado de emitir el Acta Sanitaria de Fiscalización, la cual es emitida con carácter de declaración jurada, respecto del recurso hidrobiológico materia de exportación. Este trámite es exigido por la Intendencia de Aduanas como paso previo para nacionalizar la mercancía. Sin embargo, se ha advertido que la falta de logística y capacitación de los fiscalizadores en la identificación de las especies de recurso o producto hidrobiológico tiburón que ingresan al territorio nacional, a través de la Declaración Aduanera de Mercancía de Importación de Ecuador, determina que la emisión del acta sanitaria en diversas oportunidades no corresponda a lo declarado por el exportador. En consecuencia, con su actuación promueve el tráfico ilegal de especies acuáticas.
- f) Que la mercancía de recursos hidrobiológicos materia de importación de Ecuador, debe ser controlada y supervisada por los fiscalizadores del Ministerio de Producción. Para ello, Aduanas deberá establecer el canal rojo y de esa forma proceder a fiscalizar a efectos de evitar el tráfico ilegal de especies acuáticas, dado que en algunas intervenciones se ha evidenciado la presencia de recursos hidrobiológicos tiburón que no fueron consignados en el ítem de la Declaración Aduanera de Mercancías.
- g) La falta de logística permitió que las cámaras isotérmicas provenientes de Ecuador, descarguen y realicen transbordos del recurso hidrobiológico, lo cual permite entre ellos el tráfico ilegal de especies acuáticas de tiburón.
- h) Para determinar la trazabilidad de las aletas y troncos de tiburón debe implementarse en el Reglamento de Ordenamiento Pesquero del Tiburón (ROP) la fiscalización exigiendo a las embarcaciones, que se dedican a la extracción del recurso tiburón, tener instalado a bordo un equipo de seguimiento satelital en estado operativo que permita hacer el seguimiento de la zona y posición donde realicen la extracción del recurso. De ese modo, todas las embarcaciones que se dedican a la extracción tendrían instalado a bordo el equipo satelital para hacer seguimiento al Certificado de Desembarque de

Tiburón, pues actualmente se reporta con una bitácora (un libro diario de la faena de pesca, en la cual se anota la fecha y hora de zarpe, puerto de zarpe, coordenadas de inicio y final de la cala (al momento que extiende la red y la recoge) o faena, para saber dónde pescan, ya que la bitácora tiene el carácter de declaración jurada y no es fiscalizada. Por tanto, en el ROP del tiburón debe implementarse las condiciones para que las embarcaciones realicen la extracción del recurso y de esa forma determinar su trazabilidad por parte de las entidades fiscalizadoras.

- i) Se debe establecer zonas y épocas de veda que prohíban la extracción o captura del recurso hidrobiológico tiburón que se encuentran en CITES a fin de preservar el recurso en el tiempo y el espacio.
- j) Falta de trabajo articulado y de estudios científicos por parte de las autoridades de control y fiscalización, así como del Instituto del Mar del Perú-IMAR-PE
- k) La Policía Marítima carece de recursos y logística que permita realizar la fiscalización de extracción de recursos hidrobiológicos de manera oportuna, de manera que permita tener un mayor control dentro del territorio del mar peruano.
- l) Se advierte ingresos ilegales de Ecuador a Perú. Estos se dan como transbordo en mar de embarcaciones artesanales ecuatorianas que pasan la pesca a una embarcación peruana y desembarcan en Puerto Pizarro como si fuera pesca peruana. Es deber de la Capitanía y los inspectores de Produce o DIREPRO ejercer labores de control y fiscalización.
- m) Una de las problemáticas que limita un mayor control de los fiscalizadores de las Direcciones Regionales de la Producción y de la Dirección General de Supervisión, Fiscalización y Sanción del Ministerio de la Producción es que hasta la fecha el Ministerio de la Producción en todo el litoral del mar peruano haya considerado cincuenta (50) puntos de desembarque autorizados del recurso tiburón destinado para consumo humano directo (Resolución Directoral N. 00096-2021-PRODUCE/DGSFS-PA 25/08/2021). Aquello dificulta la fiscalización y facilita el tráfico ilegal de estos recursos, sin perder de vista aquellos desembarques ilegales o no autorizados (clandestinos). De ese modo, se concluye que actualmente, a mayores puntos de desembarque, menos fiscalización por la ausencia de personal fiscalizador.

REFERENCIAS

- Alfaro-Shigueto, J., Mangel, J. C., Pajuelo, M., Dutton, P. H., Seminoff, J. A. & Godley, B. J. (2010). Where small can have a large impact: structure and characterization of small-scale fisheries in Peru. *Fisheries Research*, 106, 8-17.
- Agnew, D. J., Pearce, J., Pramod, G., Peatman, T., Watson, R. & Beddington, J. R. (2009). Estimating the worldwide extent of illegal fishing. *PLoS ONE*, 4(2), e4570.
- Baum, J. K., Myers, R. A., Kehler, D. G., Worm, B., Harley, S. J. & Doherty, P. A. (2003). Collapse and conservation of shark populations in the northwest Atlantic. *Science* (Wash., D.C.), 299, 389–392.
- Becerra Urbina, R. (2013). *Delitos ambientales*. Editorial Librería y Ediciones Jurídicas.
- Clarke, S. C., McAllister, M. K., Milner-Gulland, E. J., Kirkwood, G. P., Michielsens, C. G. J., Agnew, D. J., Pikitch, E. K., Nakano, H. & Shivji, M. S. (2006). Global estimates of shark catches using trade records from commercial markets. *Ecology Letters*, 9, 1115–1126
- Clarke, S. C., Milner-Gulland E. J. & Bjorndal. T. (2007). Social, economic and regulatory drivers of the shark fin trade. *Marine Resource Economics*, 22, 305-327.
- Carrere, M. (2021). Tiburones en Latinoamérica: Tráfico, Sobrepesca y Esfuerzos para Conservarlos. *Mongabay*. <https://es.mongabay.com/2021/03/tiburones-en-latinoamerica-trafico-sobrepesca-y-esfuerzos-para-conservarlos/>
- Castagnino Ugolotti, F. (2022). *Informe Técnico Legal Relacionado a la Extracción y Comercialización de Tiburones*. Sociedad Peruana de Derecho Ambiental.
- Cerdán, M. (2020). *Análisis del marco normativo que regula la implementación de la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (CITES) y su cumplimiento, con énfasis en recursos hidrobiológicos*. Lima.
- Collareta, A., Lambert, O., Landini, W., Di Celma, C. & Malinverno, E. (2017). Did the giant extinct shark *Carcharocles megalodon* target small prey? Bite marks on marine mammal remains from the late Miocene of Peru. *Palaeogeographic. Palaeoclimatologic and Palaeoecology*, 469, 84–91.
- Cordova-Zavaleta, F., Mendo, J., Briones-Hernandez, S. A., Acuna-Perales, N., Gonzalez-Pestana, A. & Alfaro-Shigueto, J. (2018). Food habits of the blue shark, *Prionace glauca* (Linnaeus, 1758), in waters off northern Peru. *Fishery Bulletin*, 116, 3-4.

- Cornejo, R., Vélez-Zuazo, X., González-Pestana, A., Kouri, C. & Mucientes, G. (2015). An updated checklist of Chondrichthyes from the southeast Pacific off Peru. *Check List*, 11, 1-7.
- Del Camino Troya, M. (2015). Pesca ilegal y cocaína. *Perfil Criminológico*, 19, 9-10. <https://repositorio.flacsoandes.edu.ec/bitstream/10469/8301/1/BFLACSO-PC19-04-Troya.pdf>
- Doherty, P. D., Alfaro-Shigueto, J., Hodgson, D. J., Mangel, J. C., Witt, M. J. & Godley, B. J. (2014). Big catch, little sharks: Insight into Peruvian small-scale longline fisheries. *Ecology and Evolution*, 4, 2375-2383.
- Ebert, D. A., Dando, M. & Fowler, S. (2021). *Sharks of the world*. Princeton University Press.
- Ehret, D. J., MacFadden, B. J. & Salas-Gismondi, R. (2009). Caught in the act: Trophic interactions between a 4-million-year-old white shark (*Carcharodon*) and mysticete whale from Peru. *Palaios*, 24, 329-333.
- Gonzalez-Pestana, A., Kouri, C. & Velez-Zuazo, X. (2016). Shark fisheries in the Southeast Pacific: A 61-year analysis from Peru. *Fisheries Research*, 3, 164.
- Gonzalez-Pestana, A., Acuña-Perales, N., Coasaca-Cespedes, J., Cordova-Zavaleta, F., Alfaro-Shigueto, J., Mangel, J. C. & Espinoza, P. (2017). Trophic ecology of the smooth hammerhead shark (*Sphyrna zygaena*) off the coast of northern Peru. *Fisheries Bulletin*, 115, 451-459.
- González-Pestana, A., Acuña-Perales, N., Córdova, F., Coasaca, J., Alfaro, E., Alfaro-Shigueto, J. & Mangel, J. (2019). Feeding habits of thresher sharks *Alopias* sp. in northern Peru: Predators of Humboldt squid (*Dosidicus gigas*). *Journal of the Marine Biological Association of the United Kingdom*, 99(3), 695-702. [10.1017/S0025315418000504](https://doi.org/10.1017/S0025315418000504)
- Hernández, S., Heidemeyer, M. y Abercrombie, D. (2018). *Guía de identificación de aletas de tiburones en el Perú*. OCEANA Perú. https://peru.oceana.org/wp-content/uploads/sites/22/guia_de_aletas_de_tiburon.pdf
- Holmlund, C.M. & Hammer, M. (1999). Ecosystem services generated by fish populations. *Ecological Economics*, Elsevier, 29(2), 253-268.
- Kelez, S., Maguiño Napuri, R., Mendoza Pfennig, A., Martínez, O. C. & Carrasco, A. T. (2020). First reports of Megamouth Shark, *Megachasma pelagios* Taylor, Compagno & Struhsaker, 1983 (Lamniformes, Megachasmidae), in Peru. *Check List*, 16, 1361-1367. <https://doi.org/10.15560/16.5.1361>
- Landini, W., Altamirano-Sierra, A., Collareta, A., DiCelma, C., Urbina, M. & Bianucci, G. (2017). The late Miocene elasmobranch assemblage from Cerro Colorado

- (Pisco Formation, Peru). *Journal of South American Earth Sciences*, 73, 168-190.
- Maguiño, R., Mendoza, A., Kelez, S., Vélez-Zuazo, X. & Ramírez-Macías, D. (2016). Unveiling a new foraging area for the threatened whale shark. *QScience Proceedings* (The 4th International Whale Shark Conference) 2016: iwsc4.32 <http://dx.doi.org/10.5339/qproc.2016.iwsc4.32>
- Ministerio del Ambiente. (2021). Diagnóstico Situacional del “Tiburón diamante” *Isurus oxyrinchus* en el Perú. Lima.
- Montoya, B. (2020, 16 de diciembre). UICN actualiza su Lista Roja: más de 30 especies de tiburones y rayas en peligro de extinción en Chile. *Mongabay*. <https://es.mongabay.com/2020/12/uicn-actualiza-su-lista-roja-mas-de-30-especies-de-tiburones-y-rayas-en-peligro-de-extincion-en-chile/>
- Myers, R. & Worm, B. (2003). Rapid worldwide depletion of predatory fish communities. *Nature*, 423, 280–283. <https://doi.org/10.1038/nature01610>
- Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental. (2014). Resolución Directoral N. 505-2014-0EFA/DFSA emitida en el Expediente N. 2695-2010-PRODUCE/DIGSECOVI-Dsv. <https://docplayer.es/116214202-Administrado-unidad-productiva.html>
- Pardo Ibarra, T. (2020, 18 de diciembre). Pruebas de ADN para combatir el comercio ilegal de tiburones amenazados. *Mongabay*. <https://es.mongabay.com/2020/12/la-prueba-tipo-covid-para-frenar-el-comercio-ilegal-de-tiburones-amenazados/>
- Peña, C., Llerena, Y. y Inti, K. *Percepciones sobre el valor económico de los tiburones para el turismo de buceo diario y el comercio en la isla santa cruz*.
- Polo Silva, C. (2021). Diagnóstico de las medidas de implementación CITES como insumo para plan de acción regional para la conservación y manejo de tiburones, rayas y quimeras de los estados miembros de la comisión permanente del pacífico sur – CPPS.
- Presidencia de la República del Perú. (1975, 22 de julio). Decreto Ley N. 21080. Aprueban Convención para el Comercio Especies Amenazadas de la Fauna Silvestre y Flora Silvestre. Diario oficial *El Peruano*.
- Presidencia de la República del Perú. (2005, 08 de julio). Decreto Supremo N. 030-2005-AG. Diario oficial *El Peruano* 296470. https://www.serfor.gob.pe/portal/wp-content/uploads/2016/04/DS-N_-030-2005-AG-Reglamento-para-la-implementacion-de-la-CITES-Per_.pdf

- Presidencia de la República del Perú. (2008, 10 de julio). Decreto Supremo N. 001 - 2008 – MINAM. https://www.minam.gob.pe/wp-content/uploads/2013/09/ds_001-2008-minam.pdf
- Queiroz, N., Humphries, N. E., Couto, A., Vedor, M., Da Costa, I., Sequeira, A. M. M., Mucientes, G., Santos, A. M., Abascal, F. J., Abercrombie, D. L., Abrantes, K., Acuña-Marrero, D., Afonso, A. S., Afonso, P., Anders, D., Araujo, G., Arauz, R., Bach, P., Barnett, A., ... Sims, D. W. (2019). Global spatial risk assessment of sharks under the footprint of fisheries. *Nature*, 572, 461–466. <https://doi.org/10.1038/s41586-019-1444-4>
- Ruiz Costaguta, C. (2019). *Informe Análisis del Marco Normativo de elasmobranquios con énfasis en tiburones*. OCEANA Perú. <https://peru.oceana.org/informes/analisis-del-marco-normativo-de-elasmobranquios-con-énfasis-en-tiburones/>
- Ruiz Costaguta, C. (2022). peru.oceana.org. <https://peru.oceana.org/wp-content/uploads/sites/22/informefinalcompetenciastiburones.pdf>
- Sentencia N. 047-2004 (2006, 24 de abril). Tribunal Constitucional. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00047-2004-AI.html>
- Stevens, J. D., Bonfil, R., Dulvy, N. K. & Walker, P. A. (2000). The effects of fishing on sharks, rays, and chimaeras (chondrichthyans), and the implications for marine ecosystems. *ICES Journal of Marine Science*, 57, 476-494.
- Velez-Zuazo, X., Alfaro-Shigueto, J., Mangel, J., Papa, R. & Agnarsson, I. (2015). What barcode sequencing reveals about the shark fishery in Peru. *Fisheries Research*, 161, 34-41.
- Ward, P. & Myers, R. A. (2005). Shifts in open-ocean fish communities coinciding with the commencement of commercial fishing. *Ecology*, 86(4), 835–847.
- Werner, E. E., & Peacor, S. D. (2003). A Review of Trait-Mediated Indirect Interactions in Ecological Communities. *Ecology*, 84(5), 1083–1100. <http://www.jstor.org/stable/3107918>
- Worm, B., Davis, B., Kettner, L., Ward-Paige, C. A., Chapman, D., Heithaus, M. R., Kessel, S. T. & Gruber, S. H. (2013). Global catches, exploitation rates, and rebuilding options for sharks. *Marine Policy*, 40, 194-204.



LA PROTECCIÓN LEGISLATIVA PERUANA FRENTE AL TRÁFICO INTERNACIONAL DE TORTUGA GALÁPAGOS (*CHELONOIDIS NIGER*)

*Evelyn Lorena Lamadrid Vences**
Universidad Particular de Chiclayo
evelama@hotmail.com

*Silvia Carolina Rumiche Rochabrún***
Universidad de Piura
srumiche12974@hotmail.com

*Jose Odicio Bueno****
Universidad Nacional San Antonio Abad de Cusco
jose.ob75@gmail.com

Resumen: El presente artículo tiene por finalidad expresar reflexiones personales de los autores en torno a una especie de fauna silvestre de vital importancia en el equilibrio ecosistémico como es la tortuga gigante de galápagos, sus características biológicas, ambientales, los mecanismos legales de protección de dicha especie y los esfuerzos concretos de persecución delictiva frente a la caza, captura, tráfico y comercialización. Se ha utilizado información biológica referida a la especie de fauna silvestre, el análisis en conjunto respecto a la legislación vigente que protege y conserva la especie, las fortalezas y debilidades de los tipos penales ambientales, con especial atención de aquellos referidos concretamente a la protección de especies, frente a las actividades antrópicas que importan su afectación ambiental.

Palabras clave: Tortuga gigante Galápagos, protección legislativa, tráfico internacional, fauna silvestre.

THE PERUVIAN LEGISLATIVE PROTECTION AGAINST THE INTERNATIONAL TRAFFICKING OF THE GALAPAGOS TORTOISE (*CHELONOIDIS NIGER*)

* Abogado por la Universidad Particular de Chiclayo. Fiscal Provincial de la Fiscalía Especializada en Materia Ambiental del Santa.

** Abogado por la Universidad de Piura. Fiscal Provincial de la Fiscalía Especializada en materia ambiental de Piura.

*** Abogado por la Universidad Nacional de San Antonio Abad de Cusco. Fiscal Provincial de la Fiscalía Especializada en Materia Ambiental de Cusco.

Abstract: The purpose of this article is to express personal reflections of the authors, around a species of wildlife of vital importance in the ecosystem balance, such as the Galapagos Giant Tortoise, its biological, environmental characteristics, the legal mechanisms of protection of said species and the specific efforts of criminal prosecution against hunting, capture, trafficking and commercialization.

Biological information referring to the species of wild fauna has been used, the joint analysis regarding the current legislation that protects and conserves the species, the strengths and weaknesses of the environmental criminal types, with special attention to those referring specifically to the protection of species, against the anthropic activities that matter their environmental affectation.

Keywords: Galapagos Giant Tortoise, Legislative Protection, International Traffic, Wildlife.

1. Introducción

El presente artículo tiene por objetivo principal profundizar el conocimiento de una especie de fauna silvestre de mucha importancia en el equilibrio ecosistémico, identificar las amenazas de la misma, provenientes principalmente de actividades antrópicas como la caza, la captura, el tráfico y su comercialización; además, conocer los esfuerzos de protección y recuperación, especialmente frente al delito que importa su depredación.

La Tortuga Galápagos pertenece a un género de reptil que engloba once (11) especies de tortugas gigantes. Esta es considerada la más grande y longeva del mundo. Es reconocida también como una especie endémica de las Islas Galápagos de la República del Ecuador, de ahí se advierte el nombre común asignado como la “tortuga galápagos”. Su hábitat se encuentra hasta los 1700 msnm en zonas secas y áridas. Es una especie herbívora que se alimenta principalmente de flores, frutos, hierbas y cactus; esta especie es llamativa por su gran tamaño y longevidad, pudiendo alcanzar medidas de hasta 1,5 m y peso de entre 70 a 250 kg, así como periodos de vida de hasta 150 años a más (National Geographic, 2022).

El grado de protección de la “tortuga galápagos” es de gran trascendencia. Dicha especie se encuentra incluida dentro de las especies catalogadas como protegidas frente a su captura y comercialización, encontrándose incluida en el apéndice I de la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres, apéndice donde se encuentran todas las especies con mayor riesgo de extinción. Aspecto que admite asumir que el grado de protección ambiental de la especie es especial, permitiéndose su comercialización solo en situaciones excepcionales.

Respecto de la protección legislativa de la “tortuga galápagos”, así como de otras especies no endémicas de Perú, es necesario advertir que existe una omisión en su inclusión en el catálogo de especies protegidas por la legislación nacional peruana. En ese entender, advertimos que en el listado de ellas incluidas en el D.S. 004-2014-MINAGRI, no se encuentra ninguna especie de tortuga galápagos, situación legislativa que limita la persecución penal, tal como se expondrá más adelante.

2. Marco metodológico

El presente trabajo de investigación tiene un enfoque cualitativo. Al respecto, Hernández (2014) señala que este enfoque se basa en una descripción lógica y un proceso inductivo, donde se utiliza la recolección y análisis de información para comparar perspectivas y puntos de vistas. De ese modo, en base a la experiencia de los autores se recolectará los datos informativos **más importantes**, con apoyo de la lógica y una interpretación sistemática, para así poder determinar si resulta pertinente la regulación específica de la conducta ilícita en el ordenamiento jurídico, en protección del tráfico ilícito de tortugas galápagos.

Respecto de su propósito, la investigación es básica en tanto que los autores pretenden desarrollar aspectos teóricos que fundamenten definiciones y protección legal de las “tortugas galápagos”. Tal criterio ha sido adoptado por Muntané (2010), quien señala que la investigación de este tipo es aquella que se caracteriza por permanecer en un marco teórico, teniendo como objetivo incrementar los conocimientos científicos. No obstante, estos no son experimentados en el desarrollo de la investigación.

El diseño de investigación es no experimental transversal descriptiva, toda vez que los investigadores tienen como objetivo observar una problemática ya existente, sin realizar una manipulación deliberada de las variables. En ese orden, los autores Hernández et al. (2010) mencionan que en la investigación con dicho diseño no es posible la manipulación de las variables, empero, estas van a ser descritas y analizadas, así como su incidencia e interrelación en un momento dado; debiendo realizar la recolección de datos en un solo momento.

Es por ello que se plantea la siguiente interrogante: ¿Se encuentra realmente protegida la “tortuga galápagos” por la legislación nacional peruana?

3. Naturaleza Ius fundamental del derecho al ambiente sano

En primer término, y antes de ingresar al tratamiento legal de la “tortuga galápagos”, consideramos importante expresar algunas consideraciones especiales sobre la naturaleza

ius fundamental del derecho a un ambiente sano y equilibrado conformante del bloque duro de la Constitución del Estado, como valor fundamental e indispensable para una autorrealización de la persona y el respeto a su dignidad. Ya la sentencia del Tribunal Constitucional, en el Expediente N. 3343-2007-PA/TC, ha establecido la composición del “derecho fundamental a un ambiente equilibrado y adecuado” (2009, p. 5).

Si bien es cierto que la cultura de derechos humanos surge como consecuencia de las corrientes iusnaturalistas, es indiscutible que en la actualidad la construcción teórica y práctica generada alrededor de los derechos humanos y los derechos fundamentales (diferenciación en razón a la universalidad de los primeros y la constitucionalidad de los derechos fundamentales) ha abandonado el iusnaturalismo y forma parte de todo accionar y toda edificación iusfilosófica.

Para Castillo (2012), los derechos humanos van más allá del reconocimiento legislativo, y ello guarda relación directa con la satisfacción de necesidades y exigencias humanas del hombre en sociedad.

Esta definición nos permite apreciar a los Derechos Humanos más allá del reconocimiento del Derecho Positivo, cuando refiere que son bienes humanos básicos entendidos como principios básicos, premorales y fundamentales que justifican el derecho y garantizan respuestas de los operadores jurídicos a cubrir los vacíos legales con un asidero lógico y objetivo (Dandois, 2014). Estos son otorgados por el solo hecho de ser personas humanas y destinados a la satisfacción de necesidades humanas. Esta conceptualización hace referencia a la universalidad de los Derechos Humanos y su ilimitación territorial.

Refiriendo la naturaleza ius fundamental del derecho al medio ambiente equilibrado y adecuado (Constitución Política del Perú, 1993, art. 02, inc. 22), mención que la relación de la persona, como de todo ser vivo y su entorno ambiental es esencial y concomitante con su propia condición, dicha relación históricamente ha tenido naturaleza instrumental, es decir, el hombre ha usado a la naturaleza para la satisfacción de sus necesidades. El problema surge con la superpoblación humana y la escasez de recursos naturales disponibles. Empero, de ello no se abordará en este artículo, debido a la amplitud y complejidad de dicho problema.

El derecho a un ambiente equilibrado y adecuado es un derecho humano; y su naturaleza ius fundamental se centra en la dignidad humana considerada como el inicio y fin del Derecho. Por ello, con el respeto al ambiente se garantiza que la persona sea el inicio y fin del Derecho, al punto que ya no es posible concebir una vida digna del ser humano en un ambiente desfavorable o ecológicamente destruido.

Concordante a lo mencionado, ya no se puede concebir como actividad humana, que no se encuentre guiada por los derechos humanos, el realizar las actividades de vivencia más esenciales o primarias como la adquisición de insumos básicos de vida diaria, el adquirir bienes y contratar servicios, el proveernos de servicios de transporte, salud y educación, el gozar de espacios limpios para la realización de nuestra personalidad, el formar y conformar una empresa, el concurrir a un centro laboral, el criticar resoluciones judiciales, el acceder a servicios de justicia y administrativos, el impugnar un acto legislativo, incluso el derecho a criticar la institucionalidad en torno a los derechos humanos, etc.

Por lo antes mencionado, la naturaleza iusfundamental del derecho al ambiente adecuado y equilibrado debe guiar la interpretación constitucional de dicho derecho fundamental y aún más cuando se pretende la implementación de un Estado Constitucional de Derecho.

En el Perú, existen esfuerzos serios por implementar un Estado Constitucional de Derecho, principalmente en la doctrina y jurisprudencia; esfuerzos que se ven reducidos por la realidad y el nivel legislativo existente. Un ejemplo es la discusión respecto de la inclusión de una especie de fauna silvestre (como la “tortuga galápagos”) dentro del catálogo y Apéndice I de La Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres y si constituye o no la categoría agravante contenida en el artículo 309 numeral 5, del código penal sustantivo (Código Penal, 1991), esto es, si dicha incorporación importa la calificación de una especie protegida por la legislación nacional. Tomando en cuenta una interpretación constitucional de la norma, procurando que la misma cumpla su finalidad proteccionista del bien jurídico tutelado, deberíamos concluir que la incorporación normativa del convenio CITES a la legislación nacional (D.L. 21080) hace que las especies incluidas en su Apéndice I puedan ser consideradas como especies de fauna silvestre protegidas por la legislación nacional, con independencia de su inclusión en el catálogo del D.S. 004-2014-MINAGRI.

4. Análisis de la legislación penal sobre tráfico ilegal de especies de la flora y fauna silvestre

Dentro del territorio nacional se han advertido diversas conductas que atentan contra la sostenibilidad de la “tortuga galápagos”. Principalmente, estas se desarrollan en torno al tráfico y la depredación. Así, desde nuestra experiencia de función fiscal se advierte conductas de transporte, comercialización, captura y posesión de especímenes como productos de dicha especie de fauna silvestre.

Los tipos penales que persiguen dichas conductas delictivas, que pretenden sancionar con criterios de trazabilidad conductas atentatorias contra la especie, van desde el ámbito de punibilidad en la extracción, caza o captura, pasando por el almacenamiento, la comercialización y su posesión hasta llegar a su transporte, exportación o reexportación. Con todo ello, se pretende perseguir toda la cadena de conductas atentatorias del recurso natural como son las siguientes:

- **Tráfico ilegal de especies de flora y fauna silvestre:** “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” (Código Penal, 1991, art. 308).
- **Depredación de flora y fauna silvestre:** “El que caza, captura, colecta, extrae o posee productos, raíces o especímenes de especies de flora y/o fauna silvestre, sin contar con la concesión, permiso, licencia o autorización u otra modalidad de aprovechamiento o extracción, otorgada por la autoridad competente, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres años ni mayor de cinco años y con cincuenta a cuatrocientos días-multa” (Código Penal, 1991, art. 308-C).

La construcción penal de los tipos penales ha sido elaborada con base en la protección de especiales categorías o bienes jurídicos tutelados como los especímenes de flora y fauna silvestre los cuales son componentes del medio ambiente; entendiéndose que al sancionar las conductas sobre los productos de dichos especímenes también se está protegiendo a las mismas.

Se debe tener en cuenta que el objeto de protección de los mencionados tipos penales es la flora y fauna silvestre. Afortunadamente, con la vigencia de la Ley Forestal y de Fauna Silvestre N. 29763, se ha introducido legislativamente una definición de fauna silvestre en el sentido siguiente:

...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... (2022, art. 06)

Dicha categoría ha sido incluida dentro de aquellos especímenes en cautiverio, así como los productos y servicios generados en torno a los especímenes. Estos aspectos permiten identificar con mayor precisión el ámbito de protección de los mencionados delitos y la identificación, dentro de ellos, de la especie “tortuga galápagos”.

Es posible, entonces, identificar a esta especie dentro de la categoría de fauna silvestre regulada y protegida en la legislación nacional, consideramos que es posible, aun cuando no existe una definición expresa, establecer que la persecución penal en torno a dicha especie sí encuentra sustento

Antes de la vigencia del Decreto Legislativo N. 1237, el ámbito de protección de la norma penal se encontraba restringido a las especies de fauna silvestre protegidas por la legislación nacional, esto es, solo aquellas categorizadas de especial protección legal en razón a su alto grado de peligrosidad y subsistencia. De esa forma, dejaba a otros medios de control social, como el derecho administrativo ambiental, la persecución y sanción de las conductas recaídas sobre especies de fauna silvestre no categorizadas. Con la dación del mencionado Decreto Legislativo se amplió el ámbito de protección penal de las especies de fauna silvestre, considerándose el concepto de “especies protegidas por la legislación nacional” una agravante y ya no se considere constitutivo del tipo penal base.

Justamente, referente al grado de protección de la especie “tortuga galápagos”, esta no se encuentra categorizada dentro del D.S. 004-2014-MINAGRI en razón a que dicho catálogo únicamente se han incluido las especies nativas con distribución en el Perú. Sin embargo, sí se encuentra catalogada dentro del Apéndice I de la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (CITES); documento internacional que regula el comercio y tráfico de especies en peligro de extinción y que ha sido incorporado dentro de la legislación nacional mediante el Decreto Ley N. 21080 de 21 de enero de 1975, al aprobar el referido Convenio, asumiendo además compromisos nacionales e internacionales de protección de especies de flora y fauna silvestre.

5. Caso exitoso de persecución penal del delito

Los hechos que se exponen a continuación son reales y la investigación obra en la Fiscalía Especializada en Materia Ambiental de Piura. Sin embargo, tratándose aún de un proceso en trámite, se han cambiado u omitido los nombres de los investigados y otros participantes; así como también, por razones pedagógicas, a fin de dar el uso de las herramientas, se han incluido y variado algunas actuaciones de investigación.

5.1. Hechos

El día 17 de abril de 2017, Jesús Enrique XY conducía el vehículo de placa de rodaje Z00-888, perteneciente a una empresa interprovincial de transporte de pasajeros, cubriendo la ruta Tumbes-Lima. Mientras circulaba por la Carretera Panamericana Norte, en el peaje de ingreso a la ciudad de Piura, fue intervenido —durante una acción de control de rutina— por personal de la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria, quienes, conforme a sus atribuciones de fiscalización, realizaron la revisión de los compartimentos en que se hallaban depositados los equipajes y encomiendas.

En estas circunstancias advirtieron la existencia de un compartimento oculto denominado “caleta”, observando, por una pequeña rendija, una caja de cartón; por lo que solicitaron al conductor del vehículo abrir dicho espacio, obteniendo una respuesta negativa bajo el argumento de que el copiloto se encontraba durmiendo y no podía interrumpir su descanso; Ante ello los oficiales de Aduanas empezaron a llamar a la puerta de dicho compartimento, apareciendo José Alejandro UZ, quien se identificó como el copiloto. En la caja de cartón se encontraron, unas sobre otras, varias tortugas cuya cabeza y extremidades estaban sujetas con papel film, lo cual impedía su movilidad; mientras que la caja poseía varios orificios que permitían escasamente el paso del aire.

Tras verificarse que no se contaba con la Guía de Transporte de Fauna respectiva que avalase su origen legal y trazabilidad, se solicitó el apoyo de la Unidad Desconcentrada de Protección de Medio Ambiente de Piura, quienes se apersonaron al lugar para efectuar las diligencias correspondientes, Tras sus indagaciones recibieron del conductor un pedazo de papel en el habían anotado dos números telefónicos, los cuales, a decir del intervenido, pertenecían al destinatario de los especímenes hallados.

5.2. Investigación

De manera inmediata, durante las etapas de investigación preliminar y preparatoria, se realizaron las siguientes diligencias:

- Recepción de declaraciones de intervenidos.
- Recepción de declaración testimonial de oficial de Aduanas interviniente.
- Recepción e incautación de manifiesto de pasajeros y encomiendas.
- Diligencia de identificación y estado de especímenes, con participación de un biólogo de la Administración Técnica Forestal y de Fauna Silvestre de Piura. Así también, se dejó constancia de 02 especímenes muertos y de la codificación en el caparazón que presentaban los ejemplares;

recomendándose la participación de un experto en la identificación en reptiles (herpetólogo).

- Diligencia de identificación de especímenes, con participación de un herpetólogo del Servicio Nacional Forestal y de Fauna Silvestre (Lima), obteniendo como resultado que los 29 especímenes de tortuga pertenecían a la especie “tortuga galápagos” (*Chelodoinis nigra*), especie endémica de las Islas Galápagos y que se encuentra incluida en el apéndice I de La Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres.
- Internamiento de los especímenes en un zoológico privado de la ciudad de Piura, a la espera del resultado del trámite de repatriación que estuvo a cargo de la autoridad CITES del Servicio Nacional Forestal y de Fauna Silvestre.
- Requerimiento de autorización de levantamiento de secreto de comunicaciones, efectuado ante el Juzgado de Investigación Preparatoria especializado en delitos aduaneros, tributarios, de mercado y ambientales de Piura, La finalidad fue conocer el nombre del titular del número proporcionado por el conductor como la persona que sería destinataria de los especímenes de tortuga.
- Recepción de declaración testimonial del administrador de la empresa de transportes sobre procedimientos de recepción y traslado de encomiendas, así como sobre realización de charlas a sus conductores sobre las condiciones y exigencias para el traslado de flora y fauna silvestre.
- Diligencia fiscal de constatación en las oficinas de la empresa interprovincial de transportes de pasajeros para verificar el procedimiento de recepción de encomiendas.
- Requerimiento de información a la Oficina de Migraciones del Perú para conocer el movimiento migratorio de los investigados.
- A través de la Oficina de Cooperación Internacional, y conforme a la Convención Interamericana sobre asistencia mutua en materia penal, se realizó el procedimiento de Asistencia Legal Mutua para lograr la participación del Parque Nacional de Galápagos en la toma de muestras e identificación de especímenes, El propósito fue determinar a qué isla pertenecían los especímenes traficados.
- Recepción de declaración testimonial del herpetólogo del Servicio Nacional Forestal y de Fauna Silvestre de Piura sobre las cuestiones biológicas, distribución natural e importancia de la especie tortuga galápagos.

- Peritaje del vehículo intervenido para determinar las estructuras originales y no originales, así como su funcionamiento.

5.3. Tipificación del delito

Los hechos han sido subsumidos en el tipo penal contemplado en el artículo 308 del Código Penal concordado con el agravante tipificado en el numeral 5) del artículo 309 del mismo texto legal; vale decir, en el delito de Tráfico ilegal de especies de la flora y fauna silvestre en su forma agravada, considerándose que la conducta del transporte ha recaído sobre especímenes que se encuentran protegidos por la legislación nacional; incluso tratándose de una especie endémica del vecino país del Ecuador.

Debemos tener en consideración que, a diferencia de lo establecido en el derogado Reglamento de la Ley Forestal N. 27308, en cuyo numeral 3.40 del artículo 3 incluía en la definición de especies legalmente protegidas a las especies consideradas en los convenios internacionales, así como a las especies endémicas, el vigente Reglamento para la Gestión de la Fauna Silvestre (Decreto Supremo N. 018-2015-MINAGRI, 2015), no lo hace de manera expresa. Dicha situación puede generar problemas al momento de efectuarse la tipificación de un hecho en la forma agravada contemplada en el numeral 5) del artículo 309 del Código Penal, ante lo cual se expone la experiencia y los argumentos citados para llegar a esta conclusión, pues esta disyuntiva se presentará para todas aquellas especies que no están incluidas en la lista de especies amenazadas en el Perú.

Como se ha indicado líneas arriba, se consideró, que no obstante la “tortuga galápagos” es una especie endémica del vecino país del Ecuador, es decir, su área de distribución natural se encuentra limitada a un área geográfica restringida (Maciel-Mata et al., 2015), razón por la cual, obviamente, no se encuentra incluida —conforme al Decreto Supremo N. 004-2014-MINAGRI—, en la lista de especies amenazadas de Perú, sí le alcanza la condición de especie protegida por la legislación nacional, conforme así también fue acogido por el despacho judicial especializado. Para llegar a ello, se tomó como referencias las normas y definiciones que se citan a continuación.

De manera general y conforme así lo define el Diccionario Panhispánico de dudas (2020), especie protegida es toda aquella “especie sujeta a medidas legales que impiden su captura, venta, caza, tenencia o exterminio”. En otras palabras, son especies de la flora y fauna silvestres que gozan de una protección especial por encontrarse en situación de amenaza, razón por la cual se ha prohibido su caza, tenencia y cualquier otro acto destinado a su comercialización. Tal definición refuerza lo precisado en la primera disposición complementaria del Reglamento para la gestión de Fauna Silvestre, en la

que se señala que todas las especies de fauna silvestre se encuentran protegidas por la legislación nacional, siendo de especial interés para el Estado las especies incluidas en la clasificación oficial de las especies de fauna silvestre categorizadas como amenazadas o en convenios internacionales, especies categorizadas como casi amenazado y como datos insuficientes o si es endémica.

A este argumento se agrega que, conforme al Anexo I (Definiciones) de la Ley de Protección y Bienestar Animal, la especie legalmente protegida se define como “Especie de fauna silvestre clasificada en el listado de categorización de especies amenazadas, incluidas las especies categorizadas como casi amenazadas o con datos insuficientes, así como aquellas especies consideradas en los convenios internacionales y las especies endémicas” (Ley N. 30407, 2016).

Así también, conforme al artículo 119 del reglamento para la gestión de Fauna Silvestre:

Las especies de fauna silvestre incluidas en los apéndices CITES, son reguladas por la legislación nacional, sustentando su gestión, aprovechamiento sostenible y conservación según lo establecido por la CITES, sus Resoluciones y Decisiones aprobadas por la Conferencia de Partes y el marco normativo nacional para la implementación de la CITES en el Perú. (Decreto Supremo N. 018-2015-MINAGRI, 2015)

Como es de conocimiento general, el Perú es signatario de la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres, el cual, conforme al artículo 55 de nuestra Constitución Política, forma parte del derecho nacional. En consecuencia, corresponde su cumplimiento obligatorio en todo el territorio nacional, conforme así también lo contempla expresamente el numeral 3 del Decreto Supremo N. 030-2005-AG.

Respecto del caso específico de los especímenes de “tortuga galápagos”, la especie *Chelonoidis nigra* o *Chelonoidis niger* se haya incluida en el apéndice I de la mencionada convención, en el cual figuran las especies sobre las que existe el mayor grado de amenaza entre las especies de fauna y flora silvestre. Es decir, se trata de especies en peligro de extinción, razón por la que su comercialización internacional ha sido prohibida.

Para mayor sustento se considera también pertinente citar el principio de cooperación internacional contemplado en el principio 7 de la Declaración de Río (1992), conforme

al cual “los estados tienen el deber de cooperar con espíritu de solidaridad mundial para conservar, proteger y restablecer la salud y la integridad del ecosistema de la tierra”. Dicho de otro modo, los Estados tienen la obligación, cooperando entre sí, de proteger el medio ambiente, ya sea respecto de sus propios territorios como respecto de los que no constituyen su competencia territorial, ello, además, considerando que no se puede concebir un ambiente sujeto a fronteras o límites fronterizos.

En ese sentido, luego de expresados los argumentos, queda claro y sin lugar a dudas, que la especie tortuga galápagos así como todas las especies CITES —al igual que todas las especies consideradas en los convenios internacionales ratificados por el Perú—, resultan ser especies protegidas por la legislación nacional. Por tanto, su subsunción en la forma agravada del delito de tráfico ilegal de especies de la flora y fauna silvestre, resulta adecuada, conforme así también fue acogido por el juzgado de investigación preparatoria al momento de efectuar el control respectivo durante la audiencia de control de acusación.

5.4. Estado de la investigación e inconvenientes

Actualmente se está a la espera de que el órgano jurisdiccional señale la fecha de inicio del juzgamiento del conductor intervenido mencionado páginas atrás. Pese a las limitaciones, se pudo conseguir abundante material probatorio para acreditar la tesis fiscal entre las que resalta los referidos a la identificación y estado de los especímenes traficados. Además, al informe técnico brindado por el Servicio Nacional Forestal y de Fauna Silvestre también se hace referencia a la identificación realizada por un experto en reptiles, a su inclusión en el Apéndice I de la CITES y su calificación como especie endémica; sin dejar de mencionar el estado de los mismos (bienestar y codificación) al momento de la intervención. Igualmente, fue posible la obtención del Reporte sobre el análisis genético de las muestras de sangre de las tortugas remitido por la Dirección del Parque Nacional Galápagos, en el cual se precisa que, conforme a las pruebas de ADN mitocondrial y los datos genotípicos de 12 loci de microsatélites nucleares, se acredita que todos los especímenes provienen de las Islas Galápagos y, en específico, de las Islas Cerro Azul y San Cristóbal; es decir, se precisa el lugar de captura.

Respecto de los medios probatorios para acreditar el elemento subjetivo del delito y por tanto de la responsabilidad del investigado, es menester precisar que el manifiesto de encomiendas (en que no aparece registrada la caja de cartón), la declaración del administrador de la empresa de transportes, la declaración del oficial de aduanas sobre la actitud del conductor y copilotos al momento de su intervención, el peritaje del vehículo (que confirma la existencia de un compartimento no original y oculto) y la diligencia

de constatación efectuada en las oficinas de la empresa de transporte (que describe el proceso formal de recepción de mercancías), resultan fundamentales en la probanza de que el investigado —en primer lugar— no se limitó a cumplir el rol estereotipado o socialmente aceptado de conductor y —en segundo lugar— permiten inferir su pleno conocimiento sobre las autorizaciones necesarias para realizar el transporte de especies de fauna silvestre y respecto a la ilicitud de dicha conducta.

Comentario aparte merecen las medidas de reparación del daño causado que pueden ser propuestas al órgano jurisdiccional dentro de las reglas de conductas, ya que el solo pago de un monto no basta para realizar una efectiva reparación del daño causado a la especie - el cual muchas veces se haya limitado a las condiciones económicas del o los investigados y no está dirigido específicamente a este. Entre las medidas propuestas aparecen las siguientes:

- Pagar los costos del trámite de repatriación de los especímenes.
- Pagar los gastos de alimentación al zoológico privado que albergó a los especímenes durante su permanencia en nuestro país.
- Realizar charlas sobre protección de fauna silvestre, supervisadas por el Servicio Nacional Forestal y de Fauna Silvestre.
- Colocación de paneles de publicidad en la Carretera Panamericana (previa coordinación entre el Ministerio de Transportes y el Servicio Nacional Forestal y de Fauna Silvestre) sobre el tráfico ilegal de fauna silvestre.

Con la finalidad de generar reflexión sobre las actuaciones investigativas a considerar con miras a la obtención de mayores y mejores resultados en el trabajo que realizamos, en el uso de las herramientas aprendidas y/o con las que contamos y algunas veces no son observadas al efectuar investigación, consideramos pertinente exponer los inconvenientes suscitados.

Además de la descrita - en el aspecto normativo - respecto de la calificación de las especies incluidas en CITES como especies protegidas por la legislación nacional, se hace necesaria una referencia expresa a dicha definición, tal como se hacía en el derogado Reglamento de la Ley Forestal y de Fauna Silvestre. De acuerdo con ello, en cuanto a la carga probatoria y actuación procesal, es menester citar los siguientes:

- a) Imposibilidad de identificar a un mayor número de partícipes en la acción delictiva. Pese a que durante la intervención se logró recabar un pedazo de

papel en que se habían anotado dos números telefónicos, los cuales según lo declarado por el conductor del vehículo pertenecerían al tío del remitente y quien se encargaría de recogerlos, lo cual permitió conseguir el levantamiento del secreto de las comunicaciones y así conocer el nombre de la titular de uno de los números telefónicos; no fue posible obtener otros medios probatorios que lo vinculen con los hechos, de ahí que se consideró importante en este caso hacerse uso de las herramientas tecnológicas existentes que nos permitieran conocer el contenido de las conversaciones sostenidas entre el investigado y el presunto destinatario.

- b) Poca proactividad del juzgado respecto de la reiteración del cumplimiento de lo dispuesto, primigeniamente a las empresas operadoras del servicio de telefonía celular, pese a los reiterados pedidos del despacho fiscal.
- c) No se logró obtener información sobre la caza o captura de estos especímenes por parte de las autoridades ecuatorianas; lo cual obedece a varias razones, entre ellas, la cual consideramos la más importante, el corto plazo de investigación en una investigación ordinaria, en un caso en el que podríamos estar ante una organización criminal. Ello teniendo en cuenta que es obvia la necesidad de la participación de personas con acceso al Parque Nacional Galápagos, lo cual incluso podría involucrar hechos de corrupción, pues debe observarse —según así aparece en una serie de publicaciones— estos especímenes se comercializan hacia los Estados Unidos entre las sumas de US\$ 6 000 a US\$ 70 000, (dependiendo de la edad y sexo), tráfico que posee un antigua data.

Ante la actividad ilegal desplegada en contra de la fauna silvestre, es necesario advertir que “Los delitos contra el ambiente como el tráfico de vida silvestre, están vinculados al crimen organizado. Utilizan estructuras comerciales definidas, lavan dinero producto de otros ilícitos, tienen una actividad internacional y participa un grupo de personas bien organizado” (Vega, 2022, párr. 13); situación – ante la cual surge la necesidad de incluir el tráfico ilegal de especies de la fauna silvestre como delito en la ley contra el crimen organizado, lo cual a la fecha ya se ha logrado aprobar los proyectos de Ley N. 196/2021-CR, 463/2021-CR y 933/2021-CR, en la Ley N. 30077-Ley Contra el Crimen Organizado.

6. Conclusiones

- El tráfico ilegal de “tortugas galápagos” (*Chelodoinis niger*), así como de muchas otras especies incluidas en los apéndices de la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (CITES) y en los demás convenios suscritos por nuestro país, no podrían ser tipificadas como delito de tráfico ilegal de especies de fauna silvestre en nuestro territorio o, en su defecto, no podrían ser tipificadas como una agravante de dicho delito, debido a la falta de una referencia expresa en las principales normas administrativas que regulan la fauna silvestre de aquello que se puede considerar como una especie protegida por la legislación nacional y no encontrarse incluida en las listas nacionales de especies amenazadas; por lo que resulta necesario una modificación normativa. Mientras tanto, por ahora se requiere realizar un exhaustivo trabajo de búsqueda de normas administrativas, además de una interpretación unitaria y extensiva de lo que significa una categorización de especies especialmente protegidas por la legislación nacional, a la luz de los principios internacionales ambientales para lograr su defensa adecuada.
- El tráfico de “tortugas galápagos” posee características claras de ser realizada por organizaciones criminales internacionales, conforme a la información que aparece en sendas noticias provenientes de entidades nacionales e internacionales y de organizaciones no gubernamentales, lo cual requerirá mayores herramientas procesales que permitan a los fiscales efectuar una investigación más eficiente. Ante ello, consideramos fundamental incluir el delito de tráfico ilegal en la ley de Crimen Organizado.
- La lucha eficiente contra este flagelo exige a todos los involucrados, ya sean autoridades administrativas, fiscales y judiciales, hacer uso de todas las herramientas existentes y estrechar lazos de cooperación para el logro de resultados exitosos, como en el caso expuesto, y gracias a la coordinación entre la Fiscalía Especializada en Materia Ambiental de Piura, el Servicio Nacional Forestal y de Fauna Silvestre, la autoridad CITES, y el Parque Nacional Galápagos de Ecuador, se logró el acopio del material probatorio para acreditar el origen ilegal de las especies traficadas, así como su importancia en el ecosistema.
- El trabajo fiscal no debe limitarse a la consecución de una condena. Más bien, para que este sea considerado exitoso, si, en efecto, se pretende reparar —por lo menos en mayor medida— el daño causado a las especies

traficadas, el Ministerio Público debe proponer medidas innovadoras que realmente resarzan el grave daño hacia nuestras especies afectadas.

Referencias

- Castillo, L. (2012). La interpretación iusfundamental en el marco de la persona como inicio y fin de derecho. *Anuario de Facultad de Derecho de la Universidad de Coruña*, (16), 805-838.
- Código Penal. (1991). Diario oficial *El Peruano*.
- Congreso de la Republica del Perú. (2016. enero). Ley N. 30407. Diario Oficial *El Peruano*. <https://busquedas.elperuano.pe/download/url/ley-de-proteccion-y-bienestar-animal-ley-n-30407-1331474-1>
- Constitución Política del Perú. (1993).
- Cumbre de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente y el Desarrollo. (1992, 14 de junio). Declaración de Rio sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. <https://www.un.org/spanish/esa/sustdev/documents/declaracionrio.htm>
- Dandois, M. A. (2014). Los bienes humanos básicos y la fundamentación del derecho. Un estudio de la propuesta de John M. Finnis. *DIKAION*, 23(1). 10.5294/DIKA.2014.23.1.3.
- El comercio en especímenes de esas especies se autoriza solamente bajo circunstancias excepcionales. (2022). Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres. <https://cites.org/esp/disc/text.php>
- Hernandez, R. (2014). Los métodos mixtos. En R. Hernandez Sampieri, C. Fernandez Collado, y M. Bapista Lucio, *Metodología de la investigación* (pp. 534-580). McGraw-Hill, Interamericana Editores.
- Hernandez, R., Fernandez Collado, C. y Bapista Lucio, P. (2010). *Metodología de la Investogación*. McGraw-Hill, Interamericana Editores.
- La Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres. (2022, 07 de junio). Cómo funciona la CITES. *cites.org*. <https://cites.org/esp/disc/how.php>
- Maciel-Mata, C., Manriquez Moran, N., Octavio-Aguilar, P. y Sanchez-Rojas, G. (2015). El área de distribución de las especies: revisión del concepto. *Acta Universitaria*. http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0188-62662015000200001

- Ministerio de Agricultura y Riego. (2014, abril). Decreto Supremo N. 004-2014-MINAGRI. Decreto Supremo que aprueba la actualización de la lista de clasificación y categorización de las especies amenazadas de fauna silvestre legalmente protegidas. *El Peruano*.
- Ministerio de Agricultura y Riego. (2015, septiembre). Decreto Supremo N. 018-2015-MINAGRI. Reglamento para la gestión de fauna silvestre. Diario Oficial *El Peruano*. <https://busquedas.elperuano.pe/download/url/reglamento-para-la-gestion-forestal-reglamento-para-la-gest-decreto-supremo-ns-018-al-021-2015-minagri-1293975-1>
- Ministerio de Agricultura y Riego. (2022, 22 de julio). Ley N. 29763. Ley forestal y de fauna silvestre. Diario Oficial *El Peruano*. <https://busquedas.elperuano.pe/download/url/aprueban-el-redimensionamiento-del-bosque-de-produccion-perm-resolucion-no-d000144-2022-midagri-serfor-de-2080502-1>
- Muntane, J. (2010). *Introducción a la investigación básica*. Revisiones temáticas.
- Real Academia Española. (2020). Especie protegida. *Diccionario Panhispánico del Español Jurídico*. <https://dpej.rae.es/lema/especie-protegida>
- Sentencia Exp. N.O 03343-2007-PA/TC. (2009, 19 de febrero). Tribunal Constitucional (Vergara Gotelli, Mesía Ramírez, Landa Arroyo, Beaumont Callirgos, Eto Cruz y Álvarez Miranda). <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/03343-2007-AA.pdf>
- Tortuga de las galápagos. (2022, 22 de abril). *National Geographic*. <https://www.nationalgeographic.es/animales/tortuga-de-las-galapagos>
- Vega, F. (2022, 22 de mayo). De comida de piratas a mascotas exóticas: el comercio mundial de tortugas galapagos. *Bitacora Ambiental*. <https://www.bitacoraec.com/post/de-comida-de-piratas-a-mascotas-ex%C3%B3ticas-el-comercio-mundial-de-tortugas-gal%C3%A1pagos>



ANÁLISIS DE LA CAZA FURTIVA DE LA VICUÑA EN LA LEGISLACIÓN PERUANA

*Alfredo Quintana Moscoso**

Fiscalía Especializada en Materia Ambiental Ayacucho
aquintanadj@mpfn.gob.pe

*Henry Abdel Azula Mondragón***

Fiscalía Especializada en Materia Ambiental Bagua
hzuladj@mpfn.gob.pe

*Elmer David Garnica Bustinza****

Fiscalía Especializada en Materia Ambiental Tacna
egarnicadj@mpfn.gob.pe

*Oscar Aníbal Jiménez Chura*****

Fiscalía Especializada en Materia Ambiental Puno
ojimenezdj@mpfn.gob.pe

Resumen: En el presente trabajo se analiza de forma resumida la importancia socioeconómica y ambiental de la vicuña, su preservación histórica y los intentos que se han dado para asegurar su reproducción y el uso sostenible de sus productos.

Los elevados costos de su fibra, las ganancias y presencia de personas dedicadas de manera habitual a la caza furtiva son una amenaza permanente. La suscripción de convenios, el establecimiento de áreas protegidas y los registros poblacionales, así como los trabajos de investigación y participación activa de las poblaciones de las punas, han logrado resultados satisfactorios, rescatando a la vicuña de una eminente amenaza de extinción. A pesar de que se ha logrado incrementar la población de vicuñas, la amenaza de su extinción sigue vigente.

Las protecciones legales de la vicuña, pese estar regulado por leyes especiales no permiten una protección integral de la misma. Consideran a la vicuña un bien jurídico protegido en su dimensión socioeconómica y para poder incorporar la dimensión ambiental, la misma que considera a la vicuña como una especie de la fauna silvestre, se postula la

* Fiscal Provincial de la FEMA Ayacucho.

** Fiscal Provincial de la FEMA Bagua.

*** Fiscal Provincial de la FEMA Tacna.

**** Fiscal Provincial de la FEMA Puno

tesis de aplicar el Código Penal (artículos 308 y 308-C) a fin de sancionar la posesión y el transporte ilegal de esta especie.

Palabras clave: Caza furtiva, vicuña, legislación peruana, fauna silvestre.

ANALYSIS OF FURTIVE HUNTING OF VICUÑA ACCORD TO THE PERUVIAN LEGISLATION

Abstract: In the present work we present in a summarized way the socioeconomic and environmental importance of the vicuña, its historical preservation and the attempts that have been made to ensure its reproduction and the sustainable use of its products.

The high cost of its fiber, profits and the presence of people regularly engaged in poaching are a permanent threat. The signing of agreements, the establishment of protected areas and population records, as well as research work and the active participation of the populations of the punas, have achieved satisfactory results, rescuing the vicuña from an eminent threat of extinction. While it is true that the vicuña population has increased, it is also true that the threat of its extinction remains.

The legal protections of the vicuña, despite being regulated by special laws through special laws do not allow comprehensive protection of it. They consider the vicuña a protected legal asset in its socioeconomic dimension and in order to incorporate the environmental dimension, the same one that considers the vicuña as a species of wild fauna, the thesis of applying the Penal Code is postulated (articles 308 and 308- C) in order to punish the illegal possession and transport of this species.

Keywords: Poaching, Vicuña, Peruvian Legislation, Wildlife.

1. Introducción

En el presente artículo se analiza desde una perspectiva legal la necesidad de una protección integral de la vicuña. Pese a la abundante legislación que existe al respecto, se advierten determinados vacíos legales, especialmente en lo que respecta a la posesión ilegal de la vicuña. Por lo que el análisis se realiza teniendo en cuenta las Convenciones Internacionales, las leyes especiales, las leyes de protección de la fauna silvestre y el Código Penal, explorando la posibilidad de una protección integral de la vicuña, que considere más allá de su significado económico y social, promoviendo su protección como un elemento insustituible de la fauna y la flora silvestre.

2. Antecedentes

2.1. Datos históricos relevantes sobre la vicuña

“Los primeros habitantes de América del Sur se relacionaron con este animal desde hace unos 11,000 años” (Flores-Ochoa, 1994).

La vicuña, habría comenzado en la cuenca del lago Titicaca, hace aproximadamente 6000 a 8000 años, dando lugar a lo largo de generaciones de selección y cruza a la alpaca (*Lama pacos*), que desde entonces ha formado una parte importante de la base productiva de los pueblos andinos. (Wheeler, 1984)

La vicuña en sí es el hato de los Dioses como tal a la fecha las diferentes comunidades de nuestra serranía lo consideran así, por lo que representan y aportan en la economía de sus hogares. (Laker, J.; Baldo, J.; Arzamendia, Y.; y Yacobaccio, H., 2003)

A raíz de la expansión del Imperio Incaico el aprovechamiento de la vicuña administradamente formó parte de la economía concentrada en el ámbito de esta. (Cieza de León 1559/1553).

Las vicuñas pertenecían al Inca, y es quien determinaba el tipo de caza a desarrollar dentro de la organización incaica. La primera fue el *chaku* a cargo del Inca (Caza Real) y la segunda los *chaku* o *qayqus* ejecutados por los indígenas de cada ámbito incaico (curacas). (Cieza de León, 1559/1553)

Las Cazas Reales tenían carácter ceremonial y se hacían cada cuatro años. La fibra de vicuña obtenida era empleada para hacer vestimentas para el Inca y su parentela, esto revela el alto grado de consideración en que era tenida esta fibra que sólo podían usar los individuos de la elite (Murra, 1978)

La disminución de las vicuñas se redujo a raíz de la venida de los colonialistas españoles, así como del guanaco por su piel y fibra (Chébez, 1994)

Recién después de la independencia de Perú en 1825, Simón Bolívar introdujo medidas para prevenir la caza de vicuñas (Orlove, 1977)

La vicuña estuvo a punto de ser extinguida por la particularidad de su fibra durante el proceso de conquista del Perú, motivando se emita normas para su protección, disposición de su fibra, así como impidiendo su caza, comercio y exportación.

En el primer Convenio de la Vicuña, suscripto por Bolivia y Perú en 1969, y al que [se] adhirieron posteriormente Argentina en el año 1971, Chile en 1972

y Ecuador en 1979. Entre las medidas implementadas, se incluyó la creación de numerosas áreas naturales protegidas en todos los países que abarcan la distribución de la especie (Laker et.al, 2006).

Estos hechos motivaron que los países donde albergan a las vicuñas celebren convenios e incorporen leyes especiales, a fin de garantizar su protección, conservación y reproducción.

La vicuña en sí, es una especie de gran significado para las poblaciones alto andinas. Por una parte, es una especie de vital importancia para los pisos altos, ya que son casi las únicas especies que se han adaptado a dichos pisos y permiten generar una relación armónica con las especies silvestres y fauna, generando un ecosistema auto sostenible.

Por otra parte, es una especie de enorme significado socioeconómico, puesto que el aprovechamiento de sus fibras es desde tiempos ancestrales un elemento vital para la confección de prendas de vestir. La calidad y propiedades únicas de su fibra ha generado una enorme demanda en el mercado textil, la misma que representa un importante incentivo para las organizaciones criminales.

Los esfuerzos internacionales mediante la suscripción de convenios, actos de colaboración interestatales, legislación nacional especializada y la generación de espacio de protección han dado sus resultados, elevando significativamente el número de individuo, pero su aprovechamiento ilegal mediante la caza furtiva, así como la disminución de sus espacios naturales producto de las explotaciones mineras son amenazas permanentemente.

Por ello la Unión para la Conservación Natural (IUCN) en 1996 otorgaba a la vicuña el estatus de bajo riesgo dependiente de conservación y estimaba que si los esfuerzos de conservación cesaran, la especie estaría amenazada en menos de cinco años (Vila, 1999).

2.2. Distribución geográfica de la vicuña en el Perú

La vicuña se encuentra en varias áreas protegidas, a detallar:

- Parque Nacional Huascarán (Departamento de Ancash)
- Reserva Nacional Pampa Galeras (Departamento de Ayacucho)
- Reserva Nacional de Salinas y Aguada Blanca (Departamento de Arequipa)
- Santuario Nacional de Huayllay (Departamento de Pasco)

3. Legislación supranacional

3.1. El convenio para la conservación y manejo de la vicuña

El Convenio para la Conservación y Manejo de la Vicuña, suscrito por el Perú el 16 de agosto de 1969 estableció la necesidad para los cinco países, de mantener registros de sus poblaciones de vicuñas. De ese modo, se llevaron a cabo censos poblacionales de vicuñas en el Perú en 1994, 1997 y 2004, en Bolivia en 1996, en Chile en 1997 y entre 1994 y 2005 en Argentina (Vaysse, 1996).

Aparentemente al principio el éxito de la conservación se basó en la inmigración de vicuñas, probablemente desde Bolivia, pero durante los años 80 todo el crecimiento se puede explicar por la tasa interna de reproducción. Desde 1990, cuando la población de vicuña en el Perú alcanzó 26 000 individuos, ha disminuido durante los últimos 15 años, para llegar al nivel presente (censo de 2004) de alrededor de 14.000 vicuñas.

Las razones de la declinación no son claras, ni se sabe todavía si debería ser causa de preocupación o pensar que hace parte de un ciclo natural. Las caídas más dramáticas han ocurrido en áreas más alejadas de los bofedales, en hábitats más expuestos a degradación por sobrepastoreo o a escasez de forraje durante los años de sequía.

La finalidad del Convenio fue establecer la preservación y aseguramiento de la reproducción de la vicuña mediante un registro actualizado de la vicuña y el establecimiento de áreas protegidas. Las medidas establecidas por el convenio han permitido rescatar a la vicuña de una situación de amenaza de extinción a la que estaba condenada por su aprovechamiento desmesurado.

3.2. La Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestre (CITES)

En 1975 se designaron todas las poblaciones sobrevivientes como incluidas en el Apéndice I en la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestre (CITES), prohibiendo el comercio internacional de fibra mediante el Decreto Ley N. 21080 de 21 de enero de 1975. La firme recuperación y recolonización de áreas abandonadas, demuestra el positivo resultado y la eficacia de la colaboración internacional como complemento para acciones al nivel nacional y local, destacándose que las medidas de conservación de la especie tuvieron éxito, entre otros factores, por la aceptación y acatamiento de estas por parte de las comunidades rurales (Cajal et al., 1998).

La evolución de las poblaciones en los 5 países vicuñeros, de acuerdo con las estadísticas oficiales publicadas por representantes oficiales en el Convenio de la Vicuña, se muestran en la Tabla 1.

Tabla 1
Número de vicuñas entre 1961 y 2005

Desarrollo de las poblaciones nacionales de vicuñas entre 1961 y 2005 en los 5 países					
País	1969	1981	1997	2001	2004-2005
Perú	10,000	61,900	102,800	118,678	161,460
Bolivia	3,000	4,500	33,800	56,400	61,000
Argentina	1,000	8,200	22,100	33,500	45-50,000
Chile	500	8,000	19,800	16,900	15,523
Ecuador	0	0	1,600	2,000	2,058
Total	14,500	82,600	180,100	227,478	285,041

[Grimwood 1969]; Informes nacionales del Convenio de la Vicuña, Lichtenstein y Vila 2003.

Actualmente, la vicuña habita sobre la curva de nivel de 3300 msnm en la mayor parte de la cordillera de los Andes en Perú, Bolivia, Chile y Argentina, un área de alrededor de 250.000 km².

La Convención Internacional de Tráfico de Especies Amenazadas (CITES) ubica las vicuñas en el apéndice I (con prohibición total de uso) o en el apéndice II (con un uso restringido) dependiendo de la situación de las poblaciones y de las presiones políticas que recibe. En Perú (con más de 100 000 animales), todas las vicuñas están en el apéndice II. En Chile, las vicuñas de la Reserva Nacional “Las Vicuñas” y la “unidad de Manejo Coquena” están en el apéndice II y el resto en el I. En Bolivia, el 30% de sus vicuñas están en el apéndice II (las de la reserva Ulla-Ulla y otras poblaciones) y en Argentina las vicuñas de Jujuy y las de los criaderos están en el apéndice II, mientras que las que habitan las demás provincias están en el apéndice I.

3.3. Convenio sobre diversidad biológica

El Convenio sobre biodiversidad entró en vigencia el 29 de diciembre de 1993, 90 días luego de la firma de la 30 ratificación del convenio, que fue la condición necesaria para que ello ocurriese. A enero de 2009, el CDB ha sido firmado o ratificado, por 191 países (UNEP, 2009). Prácticamente todos los países lo han firmado. Los principales objetivos del Convenio son (UNEP, 1994):

- La Conservación de la Diversidad Biológica (DB)
- La utilización sostenible de sus componentes.

- La participación justa y equitativa de los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos.

El CDB define a la Diversidad Biológica (DB) como

... la variabilidad entre organismos vivientes de todo tipo u origen, incluyendo, entre otros, ecosistemas terrestres, marinos y otros sistemas acuáticos y los complejos ecológicos de los cuales ellos forman parte. Esto incluye diversidad dentro de las especies (genética), entre especies (específica) y de ecosistemas.

Por “utilización sostenible” entiende

... la utilización de componentes de la diversidad biológica de un modo y a un ritmo que no ocasione la disminución a largo plazo de la diversidad biológica, con lo cual se mantienen las posibilidades de ésta de satisfacer las necesidades y las aspiraciones de las generaciones actuales y futuras.

En el preámbulo el CDB reconoce y señala:

- La importancia de la DB para la evolución y mantenimiento de los sistemas necesarios para la vida en la biosfera.
- La preocupación por la considerable reducción de la diversidad biológica como consecuencia de determinadas actividades humanas.
- Que es vital prever, prevenir y atacar en su fuente las causas de la reducción o pérdida de la DB.
- Que “la exigencia fundamental para la conservación de la DB es la conservación *in situ* de los ecosistemas y hábitats naturales...”.
- Que “la adopción de medidas *ex situ* también desempeña una función importante”.
- Que “la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica tiene importancia crítica para satisfacer las necesidades alimentarias y de salud de la población”.

Un aspecto muy importante del Convenio es que adopta el “principio de precaución” al señalar que “cuando existe una amenaza de reducción o pérdida sustancial de la diversidad biológica no debe alegarse la falta de pruebas científicas inequívocas como razón para aplazar las medidas encaminadas a evitar o reducir al mínimo esta amenaza”.

El artículo 14 señala que deben establecerse procedimientos apropiados por los que se exija la evaluación del impacto ambiental de los proyectos que puedan tener efectos adversos importantes sobre la DB.

4. Legislación nacional

4.1. Sobre la Ley N. 26496

La Ley N. 26496 bajo el título “Régimen de la propiedad, comercialización, y sanciones por la caza de las especies de vicuña, guanaco y sus híbridos”, fue promulgada en el gobierno de Alberto Fujimori Fujimori el 06 de julio de 1995 y publicada el 11 de julio del mismo año. Cuenta con doce artículos, siendo que en su artículo 1 se declaró a los camélidos sudamericanos (vicuña) como especies de fauna silvestre sujeta a protección por el Estado. Sin embargo, en su artículo 2, se otorgó la propiedad de los hatos de vicuña, así como de los productos como fibra y derivados que se obtengan de animales vivos a las comunidades campesinas en cuyas tierras se hallen dichas especies, señalando que el Poder Ejecutivo mediante Decreto Supremo regulará el ejercicio de ese derecho.

Otro aspecto a resaltar es que esta ley en su artículo 6 no sanciona la posesión de vicuñas, a diferencia del artículo 308-C del Código Penal, situación que complica el trabajo fiscal. Además, el hecho de otorgar la propiedad de los hatos de vicuña a las comunidades campesinas colisiona con el artículo 66 de la Constitución Política del Estado, pues en este artículo se señala expresamente que los recursos naturales —donde se encuentra a la especie vicuña— son patrimonio de la Nación, reconociendo al Estado como el soberano en su aprovechamiento.

En consecuencia, esta ley, no permite que se cautele adecuadamente a las vicuñas, ya que, al otorgar la propiedad de los hatos de vicuñas a las comunidades campesinas, permite que estas tengan facultades como responsables de las actividades de conservación, manejo y aprovechamiento “racional” de las vicuñas en el ámbito de su jurisdicción, lo que no necesariamente va en armonía al adecuado cuidado y protección de las vicuñas como especie emblemática del Perú.

4.2. Sobre el Reglamento de la Ley N. 26496 – Decreto Supremo N. 007-96-AG

Mediante Decreto Supremo N. 007-96-AG, publicado el 09 de junio de 1996, se aprobó el Reglamento de la Ley N. 26496 que consta de 42 artículos y 02 disposiciones transitorias, bajo la denominación: “Reglamento de la Ley del Régimen de Propiedad, Comercialización y Sanciones por la Caza de las Especies de Vicuña, Guanaco

y sus Híbridos”. Si bien en el artículo 1 del reglamento se señala que los camélidos sudamericanos silvestres, como la vicuña, son patrimonio de la nación, sujetos a protección por el Estado, sin embargo, en el artículo 13 se desarrolla el tema de la propiedad de los camélidos sudamericanos silvestres y que para efectos de obtener el título (de propiedad), las comunidades campesinas deberán presentar una solicitud ante el CONACS (Consejo Nacional de Camélidos Sudamericanos) acompañando una serie de requisitos, es decir, ratifica el tema de la propiedad de los hatos de vicuña a las comunidades campesinas que se señala en el artículo 2 de la Ley 26496.

Por otro lado, el artículo 24 del reglamento faculta de manera extraordinaria a las comunidades campesinas la incautación de especímenes de vicuña de procedencia ilegal, con cargo a dar cuenta a la autoridad competente dentro del término de la distancia, lo que en buena cuenta se traduce en otorgar a las comunidades campesinas la posibilidad de realizar incautaciones de vicuñas alegando su origen ilegal bajo un criterio discrecional. Esto podría terminar en incautaciones arbitrarias de vicuñas poniendo en riesgo a la especie; además, se señala en su artículo 41 —respecto del tratamiento penal aplicable—, que el delito contra los camélidos sudamericanos silvestres se halla tipificado en la Ley N. 26496, lo que implica una confrontación directa con el artículo 308-C del Código Penal.

4.3. Sobre la Ley Forestal y de Fauna Silvestre N. 29763

La Ley Forestal y de Fauna Silvestre, Ley N. 29763, fue publicada el 22 de julio de 2011, cuya finalidad y objeto de la ley está establecida en su artículo 1, siendo su finalidad la de promover la conservación, la protección, el incremento y el uso sostenible del patrimonio forestal y de fauna silvestre dentro del territorio nacional, integrando su manejo con el mantenimiento y mejora de los servicios de los ecosistemas forestales y otros ecosistemas de vegetación silvestre, en armonía con el interés social, económico y ambiental de la Nación; así como impulsar el desarrollo forestal, mejorar su competitividad, generar y acrecentar los recursos forestales y de fauna silvestre y su valor para la sociedad, y su objeto es establecer el marco legal para regular, promover y supervisar la actividad forestal y de fauna silvestre para lograr su finalidad.

Además, en su artículo 6, se señala que 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, por lo que, bajo esta descripción, la vicuña es considerada como recurso de fauna silvestre. Es de resaltar que, conforme a la cuarta disposición complementaria final, el Servicio Nacional Forestal y de Fauna Silvestre (SERFOR) es el organismo nacional competente para la

administración y conservación de los camélidos sudamericanos silvestres de acuerdo con lo establecido en la Ley N. 26946.

4.4. Sobre el Reglamento de la Ley N. 29763 – Decreto Supremo N. 019-2015-MINAGRI

Mediante Decreto Supremo N. 019-2015-MINAGRI, publicado el 30 de septiembre de 2015, se aprobó el Reglamento para la Gestión de Fauna Silvestre que consta de 201 artículos. Su objeto es regular y promover la gestión de Fauna Silvestre, previsto en la Ley N. 29763, Ley Forestal y de Fauna Silvestre, en lo referente a los siguientes puntos: a) Los recursos de fauna silvestre, y b) La diversidad biológica de fauna silvestre, incluyendo los recursos genéticos asociados. Asimismo, su finalidad radica en promover la conservación, la protección, el incremento y el uso sostenible de los recursos de fauna silvestre, conforme se desprende de sus artículos 1 y 2 respectivamente, por lo que dicha normativa alcanzaría a la vicuña al ser una especie de fauna silvestre.

4.5. Sobre el Decreto Supremo N. 004-2014-MINAGRI

Mediante Decreto Supremo N. 004-2014-MINAGRI, publicado el 08 de abril de 2014, se aprobó la actualización de la lista de clasificación sectorial de las especies amenazadas de fauna silvestre establecidas en las siguientes categorías: En Peligro Crítico (CR), En Peligro (EN), y Vulnerable (VU), las mismas que se especifican en su Anexo I. Asimismo, en su artículo 2 se realiza la incorporación de las categorías Casi Amenazado (NT) y Datos Insuficientes (DD), como medida precautoria para asegurar la conservación de las especies establecidas en dichas categorías y que se especifican en el referido Anexo I. Es de resaltar el contenido del artículo 3 que regula las Prohibiciones con fines comerciales.

Ahora bien, del Anexo I (Clasificación de especies amenazadas de Fauna Silvestre) se ubica a la especie *Vicugna vicugna* “vicuña” en el punto 485 categorizado como Casi Amenazado (NT).

4.6. Sobre el análisis del tipo penal del artículo 308 C del Código Penal peruano

El artículo 308-C del Código Penal se encuentra dentro del Capítulo II (Delitos Contra los Recursos Naturales) que a su vez se encuentra dentro del Título XIII (Delitos Ambientales) del Código Penal peruano.

Dicho artículo fue incorporado en el Código Penal por el artículo 3 de la Ley N. 29263, publicado el 02 de octubre de 2008, bajo la siguiente redacción:

Artículo 308-C.- Depredación de flora y fauna silvestre protegida

El que caza, captura, colecta, extrae o posee productos, raíces o especímenes de especies de flora y/o fauna silvestre protegidas por la legislación nacional, sin contar con la concesión, permiso, licencia o autorización u otra modalidad de aprovechamiento o extracción, otorgada por la autoridad competente, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres años ni mayor de cinco años y con cincuenta a cuatrocientos días-multa.

Este artículo fue modificado por el Artículo Único del Decreto Legislativo N. 1237, publicado el 26 septiembre 2015, cuyo texto vigente hasta la fecha es el siguiente:

Artículo 308-C.- Depredación de flora y fauna silvestre

El que caza, captura, colecta, extrae o posee productos, raíces o especímenes de especies de flora y/o fauna silvestre, sin contar con la concesión, permiso, licencia o autorización u otra modalidad de aprovechamiento o extracción, otorgada por la autoridad competente, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres años ni mayor de cinco años y con cincuenta a cuatrocientos días-multa.

Para el análisis de este tipo penal, se ha revisado la publicación del profesor Percy (García, 2015), pues el grupo comparte los criterios esbozados por este autor y que de manera puntual se señalan de la siguiente forma:

- *Sujetos:* Al ser un delito común, puede ser cometido por cualquier persona, es decir no se requiere que tenga una condición especial como funcionario o servidor público.
- *Conducta típica:* De acuerdo con la descripción realizada en el tipo penal, estas conductas típicas pueden ser: cazar, capturar, colectar, extraer o poseer, productos o especímenes de especies de fauna silvestre, en este caso de la especie vicuña. Siendo que los verbos cazar y capturar están referidos particularmente a especímenes de fauna silvestre, diferenciándose ambos verbos en que con la caza se ocasiona la muerte de la especie de fauna silvestre.
- *El objeto material:* El objeto material del delito viene a ser una especie o producto de fauna silvestre, en el caso particular de la vicuña, viene a ser

una especie viva o muerta, partes de la especie muerta, su fibra, piel o cuero, miembros, etc.

- Elemento subjetivo: El reproche penal en este ilícito se dará únicamente si el autor o partícipe actúa dolosamente al momento de realizar la conducta. Si bien pueden presentarse circunstancias de error excluyente vencibles, no será pasibles de ser sancionados penalmente al no existir una incriminación de la actuación culposa de manera expresa en la redacción del tipo penal bajo comentario, ello en armonía con el principio de legalidad. Asimismo, cabe la tentativa, por ejemplo, cuando en la caza de la vicuña no se haya logrado quitar la vida de esta por diversas razones, como haber fallado el disparo con arma de fuego o que el disparo no haya ocasionado una herida mortal.

5. La caza furtiva de la vicuña en el Perú

5.1. ¿Qué se entiende por caza furtiva?

La caza furtiva implica la conducta de matar una especie animal de forma clandestina y contraviniendo las disposiciones de prohibición establecidas por las autoridades competentes. La caza furtiva esta incentivada por el aprovechamiento de los recursos que brinda la especie animal (para el caso de la vicuña será su fibra). La comisión de este delito implica el uso de recursos (armas, municiones y transporte) y está precedido de actos preparatorios. Requiere también de un nivel de organización. Pese a que quien ejecuta la caza lo realice en solitario, requiere de una relación con otros actores para el transporte y sobre todo la comercialización de los recursos obtenidos de la caza. Por lo tanto, la ejecución del delito y su consumación requiere de la colaboración de diferentes actores.

El diario digital *Mongabay Latam* (periodismo ambiental independiente) en su edición del 2 de junio 2020, describía la presencia de la caza furtiva en medio de la pandemia de la Covid-19:

Desde que el Gobierno peruano declaró la cuarentena por la presencia del COVID-19 en el país, la caza furtiva de vicuñas se ha disparado. De acuerdo con el guarda parques locales, se han encontrado los cuerpos de aproximadamente 200 vicuñas regados en el suelo, con casi el 70 % de sus pieles arrancadas. Este hallazgo ya fue denunciado ante la fiscalía ambiental de Puquio. (Lostanau, 2020)

El mismo artículo describe la dramática situación que representa la caza furtiva y la lucha por conservar la vicuña en el Perú:

En las décadas de los 50 y 60, la caza furtiva fue una de las peores pesadillas para las comunidades campesinas. Esta actividad ilegal irrumpió en las praderas alto andinas del departamento de Ayacucho para arrasar con las vicuñas y abastecer a un mercado internacional que demandaba su valiosa fibra.

Mientras más crecía el negocio para estas mafias, más tangible era la posibilidad de que esta especie desapareciera. La caza furtiva, así como la competencia entre la especie y el ganado doméstico provocaron una disminución abrupta en una población presente en 16 departamentos del país. El impacto fue tan severo que el número de animales se redujo en un momento a 5 mil.

La vicuña llegó a ser declarada En Peligro de extinción por la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN), un escenario trágico del que le costó mucho salir. (Lostanau, 2020)

El beneficio económico que implica la venta ilegal de la fibra de vicuña no se puede combatir con el solo hecho de dotar de mayor cantidad de guardabosques/vigilantes, sino que debe intensificarse los trabajos de colaboración entre las instituciones y los Estados, especialmente en aquellos Estados donde la demanda de la fibra es mayor y cuenta con recursos económicos para comprar dicha fibra en los mercados ilegales. Se debe aprovechar el avance de la tecnología a fin de generar una codificación genética y única de la fibra de modo que su identificación permita determinar la trazabilidad de su origen ilegal.

5.2. Aspectos que dificultan el control y sanción de la caza furtiva de la vicuña

Si bien existe todo un marco normativo que sanciona penalmente la caza furtiva de vicuñas en el Perú, no obstante, del análisis del mismo, concluimos que existe una desprotección real y objetiva en cuanto se refiere a su conservación como recurso natural, pese a tratarse de un espécimen de fauna silvestre sujeto a protección estatal y de interés nacional su promoción, conservación, desarrollo, mejoramiento y aprovechamiento racional, conforme establece el artículo 1 del Reglamento de la Ley 26496. Debido a ello, estas iniciativas legislativas deben fomentarse y ampliarse, basado en lo que se ha aprendido por medio de la experiencia en la Fiscalía Especializada en Materia Ambiental.

Consideramos que el Estado, representado por el SERFOR y las Direcciones Regionales, deben realizar un trabajo proactivo, efectivo y adecuado de vigilancia y protección de las vicuñas, función que por cierto también corresponde a las fuerzas armadas y policía nacional del Perú. Es menester no limitarse, como en el caso de las primeras instituciones mencionadas, a solo cumplir con el asesoramiento técnico en lo concerniente a la ejecución del *chaqu*, la cual constituye una práctica tradicional de manejo de vicuñas, que permite un aprovechamiento sostenible de esta especie, así como un manejo legal y controlado de su fibra.

Las vicuñas, como ya referimos, tienen su hábitat en los ecosistemas altoandinos que hoy por hoy vienen siendo invadidas por las prácticas agrícolas y ganaderas promovidas por los propios comuneros de la zona. Dicha actividad es aprovechada por los cazadores furtivos, quienes, confundidos entre los pobladores, recaban información no solo de los lugares de pastoreo, abrevadero y descanso de las vicuñas, sino también de los lugares de vigilancia y el horario de ronda de los guardaparques.

Otro de los aspectos que dificulta el control y sanción por la caza furtiva se debe a la comunicación oportuna e inmediata de dicha actividad ilícita. Es el caso que la Fiscalía toma conocimiento del hecho ilícito, no de manera inmediata, sino, luego de dos a tres días e incluso semanas, lo que incide directamente en la poca o nula información que se logra recabar, lo cual constituye insumo para proseguir con una investigación a nivel fiscal y eventualmente lograr una sanción penal contra los autores. Podemos afirmar que en el 99.9% de los casos no se logra identificar a los autores de la caza furtiva.

Otro de los aspectos es la falta de logística y personal especializado en la vigilancia y protección de las vicuñas. Se ha visto muchas veces que el guardaparques no cuenta con preparación especializada en sus funciones disuasivas. Tampoco cuenta con medios tecnológicos de comunicación preventivo-disuasivo que permita una comunicación inmediata de cualquier incidencia de caza furtiva en vías de prevención o persecución.

5.3. Análisis de las sanciones por caza furtiva en el Perú

De acuerdo con la Ley N. 29492, vigente y aplicable en supuesto de caza, extracción ... de la vicuña por ser una ley especial, no sanciona el supuesto de posesión de dicha fauna silvestre, por lo que entendemos que la referida norma no brinda una protección suficiente en su dimensión de recurso natural-fauna silvestre, pero sí, se advierte que la naturaleza de dicha norma considera a la vicuña como bien jurídico protegido en su dimensión socioeconómica, esto es, en lo que se refiere al aprovechamiento de sus productos como es su fibra, pero no brinda una protección suficiente en su dimensión de fauna silvestre, es decir, el significado que tiene la vicuña en relación al ecosistema. La necesidad de

proteger, conservar y facilitar la reproducción de la vicuña ha estado marcada por el interés socioeconómico que la vicuña representa para las poblaciones altoandinas, hecho que también se establece en la normativa internacional y nacional, pero su protección no se regula de forma efectiva. Asimismo, es de precisar que en cuanto a la parte agraviada, de acuerdo con la ley materia de análisis, vendría a ser las comunidades campesinas en cuyo lugar se encuentran dicha especie y no así el Estado, debido a que en su artículo 2 otorga la propiedad de los hatos de vicuña, así como sus productos que se obtenga de animales vivos provenientes de la saca autorizada y los incautados.

Sobre este último punto debemos indicar que consideramos un error de parte del Estado Peruano otorgar en propiedad un recurso natural como es la fauna silvestre. Colisiona con el artículo 66 de la Constitución Política del Estado, pues en este artículo se señala expresamente que los recursos naturales —donde se encuentra a la especie vicuña— son patrimonio de la Nación, reconociendo al Estado como el soberano en su aprovechamiento.

De las contradicciones establecidas en la normativa nacional en cuanto a la vicuña como especie de la fauna silvestre, ya que como lo expresamos líneas arriba, se tiene un tratamiento de la vicuña como bien jurídico protegido en su dimensión socioeconómica (aprovechamiento de sus productos) y que en la legislación penal se tiene una protección más amplia de la vicuña como fauna silvestre, sancionando la conducta de posesión, cabe la interrogante de que si es posible la aplicación del artículo 308 y 308-C del Código Penal, toda vez que por el principio de *aplicación supletoria de la ley penal* (artículo X del Código Penal), las normas generales del Código Penal son aplicables a los hechos punibles en leyes especiales. La aplicación supletoria del Código Penal se fundamenta, desde nuestro punto de vista, en lo siguiente:

La protección de la vicuña en su dimensión socioeconómica está debidamente regulada en las leyes especiales, y a fin de asegurar la protección de la vicuña como una especie de la fauna silvestre, la misma que considera a la vicuña como un recurso insustituible con relación al ecosistema en el cual habita, se hace necesario brindar dicha protección mediante la tipificación y posible sanción de conductas no establecidas en las leyes especiales como es el caso de la *posesión*.

Las sanciones establecidas en las leyes especiales en cuanto se refieren a la posesión y el transporte de la vicuña son de carácter administrativo y a esto se suma la complicada y contradictoria situación que genera el hecho de otorgar en propiedad un recurso de la fauna silvestre, la misma que conforme a las propias leyes especiales es patrimonio de la nación. A fin de brindar una protección integral a la vicuña como parte integrante de

la fauna silvestre, por encima de las cuestiones administrativas regulada por las leyes especiales, la aplicación del Código Penal permitiría materializar dicha protección integral.

6. Determinación del daño ambiental por la caza furtiva de la vicuña

La determinación del daño ambiental por caza furtiva de este camélido sudamericano no resulta ser tan fácil. Para tal efecto, se debe partir tomando en cuenta la jurisprudencia. Así, tenemos el acuerdo plenario N. 5-2011/CJ-116 que establece como doctrina legal la opción de posibilitar la acumulación de la pretensión resarcitoria, de naturaleza civil, en el proceso penal.

Por su lado, también el Código Procesal Penal de 2004 establece en su artículo 11 que el ejercicio de la acción civil derivada del hecho punible corresponde al Ministerio Público y, especialmente, al perjudicado por el delito. En los delitos ambientales, quien ejerce dicha acción civil, por lo general, es la Procuraduría Especializada en Delitos Ambientales del Ministerio del Ambiente.

De conformidad con lo previsto por el artículo 93 del Código Penal, la reparación civil comprende: “La restitución del bien o, si no es posible, el pago de su valor; y, la indemnización de los daños y perjuicios”; y está en función de las consecuencias directas y necesarias que el delito generó.

Al respecto, cabe señalar que el concepto jurídico de daño ambiental, según Soto (2021), se encuentra directamente relacionado a la postura o enfoque que se tiene del medio ambiente y, como consecuencia de ello, podemos resumir que el concepto de daño ambiental tampoco será unívoco ni uniforme, pues sus contornos se delimitarán en relación de funciones o sistemas extrajurídicos, propios de los sistemas naturales y ecológicos del medio ambiente y, además, de nuestras necesidades de supervivencia y calidad de vida. En ese sentido, el daño ambiental como concepto no será nunca estático, sino por el contrario, dinámico y constante, en armonía con el concepto amplio, dinámico y evolutivo del medioambiente.

La definición del daño ambiental lo encontramos en la Ley N. 28611- Ley General del Ambiente, en su artículo 142.2, que define al mismo como todo menoscabo material que sufre el ambiente y/o alguno de sus componentes, y que genera efectos negativos actuales o potenciales.

En ese orden de ideas, corresponde también analizar si la vicuña (*vicugna vicugna*), en la legislación peruana vigente, es objeto o sujeto de derecho, lo que haremos a la luz del trabajo realizado por San Martín (2015). Al respecto, señala que solo pueden ser

titulares de derechos, aquellos centros de imputación denominados sujetos de derecho. En efecto, finaliza el autor, el ordenamiento jurídico puede decidir proteger determinadas realidades, en función de intereses (humanos) determinados.

Lo que se aprecia de lo antes indicado por este autor, es que analiza desde una visión antropocéntrica el derecho ambiental de la fauna silvestre en general, no siendo exentas de ello las vicuñas, las cuales tienen una protección ambiental como objetos de derecho, desde el punto de vista del autor, por tanto, no siendo sujetos de derecho, lo que se condice con la legislación penal vigente en el Perú. Sin embargo, la tendencia doctrinaria actual apunta, en cuanto al ambiente en general y sus componentes, a un antropocentrismo moderado.

En consecuencia, resulta importante mencionar el trabajo que realiza el Grupo de trabajo multisectorial para la preparación del Ministerio del Ambiente, citado por San Martín (2015), que entre otros aspectos, señala que la degradación de ecosistemas importantes es grave como también la amenaza de extinción de especies de la flora y de la fauna. Las consecuencias sobre las poblaciones rurales son muy diversas y van desde la reducción de la seguridad alimentaria a mayor empobrecimiento por el agotamiento de recursos.

Este aspecto se ha tomado en cuenta para la determinación del daño, porque se relaciona con la problemática de la caza furtiva de la vicuña, pues al ser cazada dicha especie de fauna de manera furtiva, ha sido llevada al borde de la extinción en el Perú. Sin embargo, gracias a programas y proyectos de repoblamiento de la misma se ha logrado su recuperación, cuando antes no solo se había puesto en riesgo la seguridad alimentaria de las comunidades campesinas que dependen de este recurso natural, sino que las afectaba económicamente, pues dichas comunidades sustentan su economía en base a la venta de la fibra de este camélido sudamericano. En vista de ello, se ha retomado y continúa con la antigua práctica del *chaccu* (véase el Glosario) como una manera de aprovechamiento sostenible de este producto de la vicuña y la protección de dicha especie, debido a que una vez esquilada, esta pierde el valor económico para los cazadores furtivos, pues no serán sacrificadas. Ya que para los cazadores lo único aprovechable de la vicuña es su fibra, dado su gran valor económico superior al de la alpaca, seguidamente son sacrificadas y sus cadáveres abandonados, tal como se ve en la Figura 1.

Figura 1

Muestra una vicuña sacrificada y esquilada por cazadores furtivos, cuyo cuerpo ha sido abandonado



6.1. Reparación del daño ambiental por caza furtiva de la vicuña y propuesta de reparación ambiental

En cuanto a la reparación del daño ambiental por el delito de caza furtiva de vicuña, es importante determinar la cuantía que origina este ilícito y para ello se debe considerar lo establecido por el R. N. N. 594-2005-Lima, que al respecto señala: “... la estimación de la cuantía de la reparación civil debe ser razonable y prudente, en la perspectiva cierta de cubrir los fines reparadores asignados a dicha Institución” (Pérez, 2006). Es decir, no se puede establecer un monto al azar, sino que se sigue todo un procedimiento, debiéndose para ello contar con un informe fundamentado expedido por la Autoridad Administrativa de Fiscalización Ambiental (ARA, SERFOR, etc.), también con un informe pericial oficial expedido por el Equipo Forense Especializado en Materia Ambiental (EFOMA), entre otros. Máxime, si actualmente se cuenta con la publicación de la Resolución Ministerial N. 074-2022-MINAM, de fecha 22 de marzo del año 2022, mediante la cual se aprueba la “Guía de valoración económica de daños por delitos ambientales de minería ilegal, tala ilegal y tráfico ilegal de fauna silvestre”, lo que constituye un importante instrumento para la determinación del daño ambiental en este ilícito penal.

La finalidad de la aprobación de la guía de valoración económica bajo comentario es establecer el marco metodológico para que la Procuraduría Especializada en Delitos

Ambientales del Ministerio del Ambiente (MINAM) pueda estimar los daños generados por la comisión de los delitos ambientales antes señalados.

En ese sentido, a modo de propuesta de reparación ambiental por dicho delito, desde el ámbito del Ministerio Público, esta entidad debe tomar en cuenta las conclusiones del Informe Pericial Oficial realizado por el Equipo Forense especializado en Materia Ambiental (EFOMA) del Ministerio Público, sobre la valoración económica del daño ambiental, tomando como referencia todos los valores calculados y considerados como el valor del precio en el mercado de la especie afectada, daño emergente y lucro cesante de la comunidad afectada.

También, se tomará en cuenta la Guía de valoración económica de daños antes mencionada; pero para efectos del cálculo de la caza furtiva de la Vicuña (*vicugna vicugna*) se ha tomado en cuenta para la valoración del daño ambiental el precio en el mercado de esa especie, el cual actualmente en la zona es de S/4 500.00 soles por cada espécimen. Cabe resaltar que en dicha Guía no se cuenta con el valor de la multa por especie para la vicuña. Es por ello que para calcular el índice de gravedad del daño se debe tomar en cuenta su categoría de amenaza, su ubicación en la región donde ha sido cazada, entre otros factores, como el hecho de tomar en consideración la capacidad económica del imputado, encontrándonos ante un daño grave al ambiente, así como la afectación a los servicios ecosistémicos que esta especie de fauna silvestre proporciona a su ecosistema y al ambiente en general.

Cabe señalar que, para solicitar el pago por concepto de reparación civil, la mencionada Guía, respecto del tráfico ilegal de fauna silvestre, establece tres componentes: a) Valor del recurso extraído (VE), cuya información mínima requerida se compone de los siguientes indicadores: Cantidad de fauna traficada, especies traficadas, precio de la especie traficada; b) Costo de restauración (CR), cuya información mínima requerida se compone de los siguientes indicadores: Cantidad de fauna traficada, tiempo de rehabilitación y/o conservación de las especies de fauna traficadas, costo de rehabilitación y/o conservación de las especies de fauna traficadas y c) Valor de pérdida de servicios ecosistémicos (VS), cuya información mínima requerida se compone de los siguientes indicadores: Cantidad de fauna traficada, especies traficadas, ubicación, estado vital (vivo o muerto) y presencia de hembras. Todo esto lo encontramos detallado en el punto tercero de la Guía de valoración económica de daños por delitos ambientales de minería, tala y tráfico ilegal de fauna silvestre, cuyo monto deberá pagar el imputado al agraviado, el Estado, representado por el Procurador Público Especializado en Delitos Ambientales del Ministerio del Ambiente.

Asimismo, respecto del lucro cesante, debe indicarse que actualmente para su cálculo debe tomarse en cuenta el artículo 2 de la Ley N. 26496 del 11 de julio del año 1995 (Andaluz, 2013), mediante el cual se otorga la propiedad de los hatos de vicuña, guanaco, sus híbridos y derivados a las comunidades campesinas en cuyas tierras se hallen dichas especies (cuestión criticada por el propio Andaluz, debido a que se contradice con el artículo primero de dicha ley que lo considera como recurso natural y que, desde nuestro punto de vista es un contrasentido, pues sobre los recursos naturales solo existe el dominio eminential del Estado para su aprovechamiento o uso sostenible).

Sin embargo, estando así actualmente regulada la caza furtiva de la vicuña, y por el Principio de Legalidad, deberá considerarse a las Comunidades Campesinas como las llamadas a reclamar el lucro cesante dejado de percibir por la muerte de estos especímenes de fauna silvestre, dada esta especial regulación. En ese sentido, se deberá tomar en cuenta, entre otros aspectos, los siguientes: que cada vicuña por esquila produce 250 gramos de fibra de vicuña en promedio, cuyos especímenes son esquilados cada dos años, y también se debe tomar en cuenta el periodo de vida de las vicuñas que en promedio es de doce años, así como el número de especímenes sacrificados. También, se ha obtenido para efectos de la presente investigación el precio del kilogramo de fibra sucia (sin lavar) de vicuña en el mercado, el cual actualmente es de \$500.00 (dólares americanos). El monto total dejado de percibir por la comunidad afectada deberá ser pagado por el procesado a favor de la Comunidad Campesina afectada, todo lo cual se detallará en el Informe Pericial Oficial, en lo referente a la valorización económica realizada del daño ambiental y su categorización de la especie por los peritos del EFOMA.

7. Conclusiones

- a) La protección y la preservación de la vicuña es de vital importancia para la sostenibilidad y desarrollo socioeconómico, pero lamentablemente no tiene una protección integral como parte de la fauna silvestre. Las leyes especiales que regulan la preservación de la vicuña no le brindan una protección integral, especialmente en lo que respecta a la posesión y el transporte. Aquí resulta viable aplicar el artículo 308 y 308-C del Código Penal por tratarse de una especie de fauna silvestre.
- b) Es cierto que una norma especial prima sobre una norma general, como es la Constitución Política del Estado, siendo así los recursos naturales (la vicuña) constituyen un patrimonio de la nación, por tanto, las comunidades campesinas no pueden ser propietarios de los hatos. Resultantemente, la norma especial no puede desnaturalizar o vulnerar la esencia de la norma general, por lo que es posible de ser revisada y declarada inconstitucional por

parte de Tribunal Constitucional en el extremo del artículo 2 y 3 de la Ley N. 26496, Régimen de la propiedad, comercialización y sanciones por la caza de las especies de vicuña, guanaco y sus híbridos, salvo modificación de la Ley precitada por el Congreso de la República del Perú.

- c) Los beneficios que implica el aprovechamiento de la fibra de la vicuña siguen siendo incentivos grandes que promueven la caza furtiva, situación que amerita una mayor acción del Estado, no solamente a través de la ley penal, sino de forma integral y erradicando las causas reales.
- d) Actualmente se cuenta con la “Guía de valoración económica de daños por delitos ambientales de minería ilegal, tala ilegal y tráfico ilegal de fauna silvestre”, lo que constituye un importante instrumento para la determinación del daño ambiental por este ilícito penal, cuya finalidad es establecer el marco metodológico para que la Procuraduría Especializada en Delitos Ambientales del Ministerio del Ambiente (MINAM) pueda estimar los daños generados por la comisión de este tipo de delitos entre otros.

8. Glosario de términos

- Caza furtiva: Es la acción de caza realizada por cualquier persona sin la correspondiente habilitación, autorización o licencia, o lo hace ilegalmente.
- Chaccu: También conocido como Chaku, vocablo quechua que significa captura de vicuñas, la cual es una técnica ancestral prehispánica de captura y esquila de vicuñas.
- Daño: Es todo menoscabo material que sufre el ambiente y/o alguno de sus componentes, y que genera efectos negativos actuales o potenciales.
- EFOMA: Equipo Forense en Materia Ambiental del Ministerio Público.
- Espécimen: Este concepto se encuentra en el artículo 5.28 del Decreto Supremo N. 018-2015-MINAGRI, y señala al respecto que es todo ejemplar de flora o fauna silvestre, vivo o muerto, así como cualquier parte o derivado fácilmente identificable.
- SERFOR: Servicio Nacional Forestal y de Fauna Silvestre.

Referencias

- Andaluz, C. (2013). Manual de derecho ambiental. En *Manual de derecho ambiental* (p. 19). Grijley.
- Chébez, J. C. (1994). *Los que se van*. Albatros.

- Cieza de León, P. (1959/1553). *The Incas*. University of Oklahoma Press, Norman, 4.
- Flores-Ochoa, J. (1994). *Man's relationship with the camelids. Gold of the Andes: the llamas, alpacas, vicuñas*. J. Martinez, F. O. Patthey and Sons.
- García, P. (2015). *Derecho Penal Económico Parte Especial Volumen II*. Instituto Pacífico.
- Laker, J., Baldo, J., Arzamendia, Y. y Yacobaccio, H. D. (2006). La vicuña en los Andes. En B. Vilá (Ed.), *Investigación, conservación y manejo de vicuñas*. Proyecto MACS.
- Laker, J.; Baldo, J.; Arzamendia, Y.; y Yacobaccio, H. (2003). La vicuña de los andes. *Investigación, conservación y manejo de vicuñas*, 4.
- Lostanau, T. (2020, 2 de junio). Perú: la batalla por salvar a las vicuñas de la caza furtiva en medio de la pandemia. *Mongabay*.
- Murra, J. V. (1978). *La Organización Económica del Estado Inca*. Siglo XXI.
- Orlove, B. (1977). *Alpacas*. Academic Pres.
- Pérez, M. (2006). La evolución de la jurisprudencia penal en el Perú. En M. Pérez, *La evolución de la jurisprudencia penal en el Perú* (pp. 806 - 809). San Marcos.
- San Martín, D. (2015). El daño ambiental. Un estudio de la institución del derecho ambiental y el impacto en la sociedad. En *El daño ambiental. Un estudio de la institución, del derecho ambiental y el impacto en la sociedad* (pp. 198 - 199). Grijley.
- Soto, R. (2021). El daño y el seguro medioambiental en el ordenamiento jurídico peruano. En R. Soto, *El daño y el seguro medioambiental en el ordenamiento jurídico peruano* (pág. 163). Iustitia.
- Soto, R. (2021). *El Daño y el Seguro medioambiental en el ordenamiento jurídico peruano*. Iustitia.
- Vaysse, M. J. (1996). *Informe definitivo del censo de vicuñas, 1996, en la reserva Laguna Diamante y Sierra Calalaste*. Gobierno de Catamarca, Servicio de Ganadería y Fauna.
- Vila, B. (1999). La importancia de la etología en la conservación y manejo de las vicuñas. En B. Vila, *La importancia de la etología en la conservación y manejo de las vicuñas* (págs. 7-63-68,65).
- Vilá, B. (1999, mayo 18). La importancia de la etología en la conservación y manejo de las vicuñas. *Etología* 7-63-68, 65.
- Wheeler, N. C. (1984). *Llama and alpaca. Evolution of domesticated animals*. Longman.