

SAPIENTIA & IUSTITIA

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

AÑO 4 N. 8

E-ISSN 2709-1228



ÍNDICE

EL STATUS CIENTÍFICO DEL DERECHO <i>Rafael Mora y Samantha Sayritupac</i>	5
LA EXPERIENCIA ESTÉTICA Y LA CONSIDERACIÓN DE LA DIGNIDAD HUMANA ANTE EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD: EL CASO DEL MÉTODO APAC <i>Gilmar Siqueira, Teófilo Marcelo de Arêa y Rogério Cangussu Dantas Cachichi</i>	29
PESCA DE ANCHOVETA (ENGRAULIS RINGENS) EN TALLA PROHIBIDA: LAGUNA DE IMPUNIDAD O INEXIGIBILIDAD DE CONDUCTA <i>Jorge Trigo y Alfredo Rojas</i>	51
CRITERIOS DEL ARRAIGO EN LA EVALUACIÓN DEL PELIGRO DE FUGA EN LA PRISIÓN PREVENTIVA EN EL PROCESO PENAL PERUANO <i>Everth Gonzales Concha</i>	63
EL DERECHO A LA VERDAD Y SU IMPACTO EN LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN LOS DELITOS DE LESA HUMANIDAD <i>Everth Gonzales Concha</i>	77
¿ENGAÑO SIMPLE O BASTANTE PARA CONFIGURAR EL DELITO DE ESTAFA? <i>César Diaz Ramos</i>	89
EL DERECHO A LA PROPIEDAD Y SU VULNERACIÓN MEDIANTE LA PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA <i>Carlos Castillo Matute</i>	103
EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA DE LOS PUEBLOS ORIGINARIOS E INDÍGENAS EN EL PERÚ: ¿UNA REALIDAD UTÓPICA? <i>Adriana Reátegui</i>	123



EL ESTATUS CIENTÍFICO DEL DERECHO

*Rafael Félix Mora Ramirez**

Universidad Nacional Federico Villarreal
rmora@unfv.edu.pe

*Samantha Cielo Sayritupac Milla***

Universidad Católica Sedes Sapientiae
2021100196@ucss.pe

Resumen: El derecho ha sido considerado como algo distinto a la ciencia, como una técnica y como una ciencia por distintos autores en diferentes épocas de la historia. Ahora bien, el objetivo de este escrito es demostrar que el derecho es una ciencia y lo es porque se encuentra vinculado a una lógica no clásica, a saber, la lógica deóntica. Como resultado de esta investigación consideramos que el derecho puede estudiar objetos puramente

* Filósofo egresado de la UNMSM. También, cuenta con el título de licenciado y tiene los grados de magíster y doctor. Es posdoctor en ciencias por la UNHEVAL. Ha empezado a estudiar la carrera de Farmacia y Bioquímica en la U. Norbert Wiener. Actualmente, es profesor nombrado en la UNFV y en la UNI. Tiene especial interés en el área de la cultura, la lógica, la epistemología y la filosofía analítica. Es autor de los libros *El valor de la lógica. Ensayo apologético* (2019), *Quechua: problema y posibilidad* (2020), *Para comprender a las falacias* (2020), *Investigando la lógica desde un punto de vista filosófico* (2022), *Juventud en lucha* (2022), *Temas actuales de ética* (2023). Coautor de *El problema de la esencia de la lógica jurídica. Recomendaciones didácticas* (2023) y también ha escrito *Ética y Filosofía política. Investigaciones recientes sobre el orden humano* (2023). Es miembro del Centro de Estudios de Filosofía Analítica (CESFIA), de la Sociedad Peruana de Filosofía (SPF), de la Academia Mexicana de Lógica (AML), de la Red Holos Siglo XXI, del Grupo de Investigación Juan Bautista Ferro (GI JUBAFE) de la UNI y del Grupo de Estudios Andinos (GREA) de la UNFV. Es presidente del Instituto Peruano de Investigación de Lógica y Filosofía (IPILOF). Ha trabajado como docente en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM) la Universidad Católica Sedes Sapientiae (UCSS), la Universidad Nacional de Ingeniería (UNI), la Universidad Nacional Federico Villarreal (UNFV) y la Universidad Nacional Hermilio Valdizán (UNHEVAL). Ha enseñado los cursos de Filosofía, Lógica jurídica, Historia de la ciencia, Ética, Epistemología, Seminario de Tesis, etc. Ha sido ganador del Premio de Lógica Francisco Miró Quesada Cantuarias por presentar el mejor artículo inédito en el área de la lógica. Ha sido ganador del Concurso de Enseñanza y Difusión Digital de la Olimpiada Internacional de Lógica 2021 (CEDDOIL). Su ensayo “El triángulo de Sábato aplicado a la problemática de la universidad peruana” ha sido considerado como mención honrosa en los II Juegos Florales Universitarios Nacionales (2022) organizado por la U. Nacional de Trujillo. Actualmente, es investigador RENACYT y ha sido reconocido como docente investigador por la Universidad Nacional Federico Villarreal.

** Alumna de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UCSS. asimismo, cuenta con estudios en psicología e idiomas como inglés, latín y quechua. De igual manera, ha participado activamente en voluntariados como el de la ONG “Liga contra el Cáncer” y en la formación del programa “Nutriendo esperanzas, protegiendo familias” de la ONU. Asimismo, apoyó a jóvenes para su desarrollo profesional en la “Asociación de Graduados y Egresados de la Universidad Federico Villarreal”. Adicionalmente, dentro de sus futuros proyectos está el lograr aportar a un orden jurídico divergente e imparcial, la labor social y doctrinal en la práctica de la legislación peruana, las estrategias de argumentación e interpretación de leyes, la especialización en la Materia Penal y Juez de Paz Letrado.

jurídicos y también objetos sociales. Asimismo, la lógica deóntica asociada al derecho podría permitir que se falsaran algunas hipótesis acerca de normas jurídicas o las normas jurídicas mismas.

Palabras clave: derecho, jurisprudencia, ciencia, lógica, técnica.

THE SCIENTIFIC STATUS OF LAW

Abstract: Law has been considered as something different from science, as a technique and as a science by different authors at different times in history. Now, the aim of this paper is to show that law is a science and it is so because it is linked to a non-classical logic, namely deontic logic. As a result of this research we consider that law can study purely legal objects as well as social objects. Also, the deontic logic associated with law could allow some hypotheses about legal norms or legal norms themselves to be falsified.

Keywords: law, jurisprudence, science, logic, technique.

1. Introducción. Política y derecho

La política y el derecho están relacionados. Cuando los políticos hacen campañas para llegar al poder mediante el voto democrático realizan una serie de promesas acerca de su hipotético gobierno y las prioridades que tendrán que atender para satisfacer las expectativas de sus votantes. Una vez que llegan al cargo, sin embargo, hace falta coordinar con el poder legislativo a fin de implementar una serie de leyes que facilitarán que cumplan con lo prometido durante la campaña. Precisamente, el diseño de esta serie de leyes corresponde a un ámbito específico del derecho. Así, la política se vincula con el derecho.

La política es una ciencia social que busca teorizar acerca de cómo administrar los recursos (tanto naturales como humanos) que tiene el país para encaminarlos hacia un fin determinado. El derecho, por otro lado, es la aplicación de la política pues de acuerdo con ciertas metas propuestas (en campaña política), se busca modificar las relaciones sociales a través de la creación de normas jurídicas. El objetivo que persigue el derecho es diseñar el aparato legal que hace falta para que se pueda conseguir la meta política planteada previamente. El derecho, visto así, construye la forma en que relacionarán los diferentes actores sociales de acuerdo con cierta política asumida *a priori*.

2. Problema

Dilthey (1949) clasificó a las ciencias en dos tipos: las que buscaban explicar y las que buscaban comprender. A estas últimas las denominó “ciencias del espíritu”. Estas ciencias tienen por objetivo analizar el modo en que se relacionan los seres humanos unos

con otros, cómo conviven y cómo les dan sentido a sus acciones dentro de determinadas sociedades. A diferencia de las “ciencias naturales” que buscan explicar mediante leyes que describan el comportamiento de los fenómenos presentes en la naturaleza, las ciencias del espíritu se basan en la idea de la libertad humana, que no es predecible, ni es éticamente controlable en un laboratorio. Escribe Gómez:

A la hora de hablar de fenómenos como objeto de estudio de cualquier ciencia, estos aparecen clasificados de la siguiente manera:

Fenómenos naturales: No dependen de la voluntad del hombre sino del acaecer natural, acaecer que es necesario y orientado en cierta medida por la ley de la causalidad efectiva.

Fenómenos culturales: Surgen como producto del actuar humano y además interactuar humano dentro de la sociedad, su acaecer no es necesario sino contingente por depender de alguna manera de la voluntad humana y social, además se encuentran orientados por una causalidad invertida, donde el efecto es anterior a la causa, esto se debe a que su existencia obedece al planteamiento de fines por parte de una sociedad, a partir de esos fines se da una escogencia de medios para su correcta consecución, en este sentido se hace imprescindible el conocimiento de dichos fines para la explicación y estudio de los medios. (2010, p. 54)

Una primera pregunta es si ¿el derecho es una ciencia del espíritu?, este asunto es complejo porque, precisamente, el derecho, entendido como cuerpo de normas que buscan el control de la conducta de los ciudadanos, se opone claramente a la idea de libertad y antes que comprensión lo que fomenta el derecho es más bien represión o, en términos kelsenianos, coerción.

Por otro lado, el derecho usa un lenguaje prescriptivo que se basa en dar órdenes o instrucciones para el cumplimiento de cierto fin. En lógica, el uso de este lenguaje lleva el nombre de “función directiva” y su característica principal es que no es verdadera ni falsa sino, más bien, adecuado o inadecuado. Por ejemplo, “Todo aquel ciudadano que esté en la calle en pleno toque de queda sin documento de identidad, será privado de su libertad por las próximas 24 horas”. Lo anterior tiene la forma de una norma jurídica. Esta norma no puede ser calificada de verdadera o falsa, sino solamente de adecuada o no. De hecho, algún jurista podría decir que se trata de una norma que es inadecuada porque atenta contra la libertad que la democracia debería respaldar.

Ahora bien, la ciencia, que usa un lenguaje descriptivo y hasta valorativo de la realidad, debe tratar de aquello que es verdadero o estimable. Incluso, cuando la sociología afirma regularidades como la que sostiene que “las masas organizadas pueden generar cambios de mayor nivel que desemboquen en una revolución social, si se dan ciertas condiciones previas”, esta ciencia social construye una idea que puede ser calificada de verdadera o falsa. Asimismo, la sociología puede elaborar juicios de valor basados en estudios previos. Por ejemplo, si afirma que la sociedad es machista, lo puede fundamentar en base a cierto marco teórico.

Siendo así, y esquivando el aspecto valorativo del derecho, las preguntas son obvias:

1. ¿Qué es el derecho?, ¿qué estudia y en qué sentido se puede afirmar que es una ciencia?
2. ¿Cómo es que este conjunto de reglas que hay que obedecer para no ser sancionado puede ser producto de actividad científica alguna?
3. ¿En qué sentido los hallazgos del derecho, si los hay, se pueden calificar de verdaderos o falsos?
4. ¿Y si no fueran calificables de este modo, el derecho no sería ciencia?
5. ¿Cuál es la naturaleza del derecho y qué podemos afirmar acerca de su estatus científico?
6. ¿Cómo se relaciona la falsación popperiana con el derecho?

3. Justificación

En este trabajo se busca probar que el derecho es una ciencia, pero no en el sentido de ser una ciencia como lo es la física o la biología, sino más bien una ciencia cercana a la sociología o a la antropología. Esto es importante de aclarar, ya que hoy en día el carácter científico del derecho se puede poner en duda. El derecho es, *grosso modo*, una colección de mandatos que tienen por objetivo ordenar la sociedad de cierta manera. En ese sentido se busca actualizar un debate que tiene tiempo en los claustros universitarios. Iniciaremos este trabajo negando la científicidad del derecho.

4. El derecho no es una ciencia

El derecho en tanto conjunto de normas jurídicas que imponen un deber ser a la sociedad no podría ser visto como una ciencia. Al menos no sería una ciencia como sí lo son la física, la química y la biología. La diferencia principal tiene que ver con el método, a decir, de Kirchmann (1983), quien sostuvo que el método del derecho es distinto al de

las ciencias naturales. Mientras que las ciencias naturales contrastan sus teorías e hipótesis que formulan para resolver alguna problemática en particular, el derecho se basta con elaborar listados de normas jurídicas para poder ordenar la realidad social. Algunos incluso sostienen que dichas normas jurídicas son diseñadas con algo de arbitrariedad y capricho. Escribe Castellano: “El soberano (el Estado, el pueblo, el parlamento), de hecho, puede establecer como norma cualquier apetencia de su voluntad” (2014, p. 182). Por eso, en contra de algunos pensadores que, como Bunge, afirman que el derecho es una técnica de control social, Castellano sostiene lo siguiente:

El derecho no se identifica con el poder, no es un producto suyo y no es mera regla, postulada por el poder para “racionalizar” su ejercicio, como se considera que sucede con el Estado de Derecho y en el Estado de Derecho. Por ello, es absurdo identificarlo con la efectividad ... (2014, p. 184)

Asimismo, lo que estudian las ciencias naturales tiende a permanecer, en cambio, lo que es objeto de estudio del derecho tiende a cambiar. Por ejemplo, los astros y los planetas que la astronomía estudia son objetos que permanecen a pesar del transcurso del tiempo, pero “el matrimonio, la familia, el Estado, la propiedad han pasado por las más diversas modalidades” (Huanca, 1997, p. 136).

Un asunto adicional se relaciona con la ausencia de valores en el objeto de estudio de la ciencia natural. Así, mientras que los estudios físicos realizados en un laboratorio no suelen encender la alarma social, los productos del derecho, es decir, las normas jurídicas sí tienden a ser calificados de justos, injustos, buenos, malos, excesivos o moderados. Es decir, el derecho se relaciona con los valores. Por eso, también se duda de que exista alguna verdad en el derecho, ya que la verdad tiende a ser puramente proposicional — según la teoría alética del correspondentismo de Aristóteles (1994)— y, en ese sentido, no da lugar a análisis relacionados con los valores ni con los mandatos.

También, el derecho se opone a jurisprudencia. Mientras que el derecho sería el conjunto de normas jurídicas, la jurisprudencia sería la actividad mediante la cual se delibera acerca de cuáles normas jurídicas deben ser consideradas aplicables dentro de tal o cual sociedad¹. Esto significa que lo definitivo para la jurisprudencia es y siempre será

¹ La jurisprudencia es un subconjunto del derecho. La jurisprudencia está contenida dentro del derecho y debido a ello proporciona una norma jurídica para lograr un eficiente desenvolvimiento de las autoridades judiciales y administrativas que rigen en nuestro país. Así, en base a criterios jurisprudenciales el Poder Judicial puede emitir una sentencia justa a la hora de expresar un fallo a favor ya sea para el demandado o para el demandante (Rubio, 1993).

Asimismo, su aplicación se centra más en los campos de mayor demanda, como el derecho civil, penal y el administrativo, en relación a cuestiones de validez de documentos. La jurisprudencia se manifiesta en aquellas medidas del campo de la abogacía que se centran en la resolución de conflictos bajo los escritos

la interpretación, es decir, la actividad hermenéutica y dado que esta actividad propia de la jurisprudencia es más relevante que coleccionar normas jurídicas en un largo listado, el derecho, entendido como jurisprudencia, no sería una ciencia.² De acuerdo con Castellano:

... no puede ignorarse a Francesco Carnelutti que ... admitió a edad madura su ingenuidad juvenil representada por el hecho de haberse contentado ... con la definición “científica” de derecho. Confesó ... que ... la definición “científica” del derecho, conduce a la pérdida de la verdad del derecho. Es más, conduce ... simplemente a la pérdida del derecho que, sin verdad, se vuelve *iniuria*, abuso y, a veces, violencia. ... Es necesario “regresar” a la jurisprudencia clásicamente entendida, la cual es camino para llegar a la verdadera fuente del derecho. Este, en efecto, “fluye”, como lo enseñaron los juristas romanos, no de las normas ..., sino de la justicia exigida para la solución de los casos, la que impone el respeto a la racionalidad ... (2014, p. 190)

Nótese cómo el llamado a volver a los usos antiguos de los romanos se convierte en una advertencia para no considerar a la jurisprudencia como una simple ciencia. Ahora bien, desde otro punto de vista, la jurisprudencia no podría tener una estructura como la de la ciencia. De acuerdo con Gómez, quien se refiere al derecho, que en esta sección consideramos como “jurisprudencia”:

En este orden de ideas, uno de esos saberes que no encajaba en el nuevo concepto de ciencia naciente era el derecho. A grandes rasgos ello se debe a tres razones fundamentales: 1era) El derecho romano era una expresión religiosa, la etimología de la palabra IUS alude a un concepto netamente religioso, el IUS era el dicho de IOVE o Júpiter, dicho que prescribía la forma como Júpiter quería que se organizara la *civita* romana, lo que prescribe dios para los hombres, el proceso judicial romano develaba además la naturaleza religiosa del IUS, era un proceso litúrgicamente pensado y el resultado de dicho proceso era lo que IOVE, Júpiter o dios había prescrito para el caso. 2da) La fuente primaria de creación y aplicación del derecho era la jurisprudencia, es decir, el pretor romano era el guardián del ius o mensaje de IOVE y éste era el encargado de interpretarlo y su *dictum* equivalía al *dictum* de los dioses, el pretor romano era aquella persona en la que confluían dos calidades éticas, conocía la *tekne* del IUS y además tenía la *Prudentia* para

remitidos por abogados defensores o personal administrativo en defensa de un agraviado, tal y como está regimentado en el TUO del Código Procesal Civil (Ministerio de Justicia, 1993).

² En esta sección dejaremos de mencionar al derecho y haremos referencia al concepto de “jurisprudencia”. Luego, en las próximas secciones recuperamos el concepto de derecho.

aplicarlo correctamente, así pues, la jurisprudencia era la fuente primordial de derecho en el acontecer jurídico romano, creaba las “*actio*” que servían como instrumento del ciudadano romano para pedir el dicho de IOVE en determinado caso y además creaba las máximas, que en términos generales eran reglas de interpretación de las reglas. 3era) Posteriormente con la actividad compiladora de los glosadores y posglosadores, se dio un proceso de textualización del IUS, no obstante, estos textos jurídicos no tenían una sistematización lógico-deductiva, que le mereciera el nombre de sistema. ... (2010, p. 49)

En pocas palabras, el origen de la jurisprudencia es religioso y se basaba en la antigua estratagema que afirma que como Dios dice x entonces debes hacer x. Además, dependía de una subjetividad confiable, un pretor particularmente experto y con respaldo moral. Esto es, solo quien contase con un historial de una conducta recta y que, además, tuviese la sabiduría prudencial de Salomón (por poner el caso de un sabio juez) podría indicarnos qué es lo que debemos hacer o no y por qué. Y, finalmente, no hay garantías de que la lista de normas jurídicas resultante tenga un carácter sistémico. Esto último es muy importante pues, curiosamente, gracias a la tradición del positivismo normativista basado en Kelsen, el derecho ha sido reducido a aquella cualidad que es la menos importante en términos históricos. Efectivamente, buscar que ese sistema de normas tenga coherencia u obedezca a cierta organización sistémica, si bien fue un noble objetivo académico, nunca fue prioridad para los antiguos juristas.

5. El derecho es una técnica

También, existe la opinión de que el derecho no es una ciencia *per se* sino más bien una técnica dirigida al control de la conducta social. Escribe Bunge:

... el problema que se le presenta al jurisconsulto moderno, al que no separa el derecho de la sociología, de la politología, de la economía, sino que lo concibe como una sociotécnica fundada sobre la psicología, la sociología, la economía y la politología, el problema es éste: ¿cómo se fundamentan las normas jurídicas? (2000, p. 126)

Lo beneficioso de esta lectura es que permite comprender que el derecho está condicionado no solo por el valor de la justicia sino también por el valor de la eficacia a nivel social. Esto apoya a la perspectiva interpretacionista que insiste en ver al derecho como una actividad valorativa (Gómez, 2010) (conoceremos esta perspectiva cuando

analicemos la posibilidad de concebir al derecho como una ciencia). Sin embargo, no hay que pensar como Castellano que “el derecho ... se vuelve así una técnica para obtener ... un resultado cualquiera” (2014, p. 184). Más bien, si el derecho es considerado como una técnica, no se buscaría con ello lograr cualquier resultado sino aquel que permita que la sociedad progrese en términos sociales, políticos, económicos y morales, entre otros. Aunque es cierto que a pesar de que el derecho sea considerado una técnica, este seguiría relacionado con la interpretación del juez y, además, la jurisprudencia no podría ser usada para saber con antelación los cambios sociales que causaría una nueva legislación. Así, aun cuando con buena voluntad diseñemos unas leyes que busquen respetar ciertos derechos sociales, podríamos dar lugar sin querer a una sociedad desigual donde esos derechos se han convertido en privilegios indiscutibles. Una cosa es lo que creemos que sucederá con la implementación de tales leyes y otra cosa es lo que realmente sucederá con la sociedad. Sin embargo, es correcto asumir que podemos anticipar hasta cierto punto lo que sucederá, pero no de modo 100% exacto.

Desde la perspectiva realista, el derecho es contemplado como una actividad metodológica involucrada con la eficacia de las normas jurídicas o de cómo funcionan efectivamente las normas en la sociedad a nivel histórico. El realismo de Pound (2004), por ejemplo, es una propuesta pragmatista que se centra en saber si las normas son funcionales o no para los fines que han sido propuestos. Desde esta posición, lo central no son las normas sino la realidad social. De ahí que en el derecho también importe la moral:

Esa fundamentación [de las normas jurídicas], si recurrimos a la comparación con las reglas técnicas que usa el ingeniero debiera ser científica, es decir, que cada norma debiera fundamentarse sobre leyes, y, en el caso de las normas sociotécnicas, no solamente sobre ellas sino también sobre preceptos morales, por ejemplo, sobre el precepto de la reciprocidad, el precepto de la lealtad, el de que la cooperación siempre es necesaria, aunque no siempre sea suficiente, etc. (Bunge, 2000, p. 126)

En realidad, desde cierta perspectiva puede afirmarse, como Vergara (2009), que el derecho debería transformar el mundo social. Pensemos en un caso muy particular, la Ilustración. En esa época se pensó (Rousseau, 1996) que para transformar el mundo social hacía falta criticar las leyes existentes e incluso proponer otras. Por esta razón, uno de los grandes logros de esa etapa histórica a nivel jurídico y social fue la *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano* de 1789. Con esas ideas era posible fundamentar las luchas sociales que hiciera falta para transformar el mundo. El derecho entonces sería

concebido como una técnica, si por técnica entendemos a aquella actividad que se ocupa de transformar la realidad para beneficiar al hombre. Escribe Bunge:

La legislación y el estudio de la ley pueden considerarse como una sociotécnica, en un pie de igualdad con la administración de empresas, con la educación, con la macroeconomía normativa, con el urbanismo, con la epidemiología normativa, la que se ocupa de tomar medidas para impedir la propagación de una plaga, etc. Es decir, que es una técnica que, si es moderna, será fundada sobre la ciencia. (2000, p. 136)

Precisamente, esa última parte de la cita anterior que afirma que la técnica del derecho puede estar fundado sobre la ciencia nos conduce a la última opción, a saber, la consideración del derecho como una ciencia.

6. El derecho es una ciencia

La perspectiva que enfoca al derecho como una ciencia no la aprecia como una ciencia natural sino más bien como una ciencia social. Así, la ciencia del derecho tendría que acercarse más a los análisis propios de las ciencias sociales (donde el hombre estudia al hombre) pues en dichas ciencias la valoración sí tiene lugar. Y si este fuera el caso, entonces el camino que debe recorrer el derecho para ser considerado ciencia debe ser el de la interdisciplinariedad. Así se habla de la sociología del derecho, el análisis económico del derecho, la pedagogía jurídica, la psicología del derecho, la antropología jurídica, etc. Según Vergara:

Dentro del proceso mismo de la investigación socio-jurídica de los fenómenos sociales que van a enfocar el surgimiento del derecho, se aplican métodos de estudios propios, en el análisis de ese o esos objetos estudiados se puede hallar la razón de ser del surgimiento de la norma jurídica y es por eso que siempre he afirmado que las ciencias jurídicas o del derecho le aportan al desarrollo social, siempre y cuando se hagan estudios científicos de los fenómenos sociales, y su posible solución al problema planteado, lo que permite afirmar que el derecho tiene un carácter científico, a pesar de los diversos e importantes criterios que se tengan al respecto, lo que viene a dar como resultado una vez analizado el fenómeno del derecho es que este está impregnado de lo social y existe un estrecho vínculo con los demás elementos que existen en la sociedad, tales como la moral, la norma en sí misma ... (2009, p. 108)

Así, si el derecho toma el camino de relacionarse con lo social o lo cultural y, específicamente, con otras ciencias que traten acerca de lo social o lo cultural. Su naturaleza interdisciplinaria lo podría capacitar para ocuparse de modo más propio en “temas complejos como seguridad pública, clonación, regulación de ADN, maternidad subrogada, medio ambiente, educación en derechos humanos, costumbres contrarias a los derechos humanos, etcétera” (Witker, 2015, p. 349). De acuerdo con Unzain y Lazarte:

El derecho como parte integrante de las ciencias sociales, que estudia los hechos, procesos y grupos en los que participa el hombre en sociedad, tiene su particularidad como disciplina científica que lo obliga a una delimitación concreta de su objeto de estudio. En este sentido, el objeto de estudio del derecho no son solamente las fuentes jurídicas formales (la Constitución, la ley, los decretos, reglamentos, ordenanzas, instrucciones y resoluciones, la jurisprudencia, la costumbre, los actos jurídicos, los actos corporativos, y los principios generales del derecho), y las doctrinas jurídicas que le dan sustento; el derecho no es únicamente norma porque, por sobre ellas está el hombre, el ser social, complejo y evolutivo que con su propia realidad implicada opera y define al derecho.

Si consideramos al derecho como conocimiento aplicado a la regulación de conductas humanas, para poder hacer ciencia es necesario pensar al ser humano en su complejidad, es decir, como ser biológico, en su relación con otros hombres y con su entorno natural y cultural ..., por lo tanto, contrastable con toda su realidad de referencia. (2018, p. 3)

El problema es que también debería cambiarse la lectura puramente normativista que se realiza del derecho a partir de los escritos de Kelsen (Witker, 2015). Si se considera al derecho como una mera colección de normas es difícil entender cómo intervienen los hombres en su discusión y análisis. Para Kelsen, la norma tiene un carácter coercitivo y su naturaleza es independiente del sujeto (Witker, 2015). Ahora bien, lo que define a la ciencia es el método. En el caso del derecho, el método a considerar sería el interpretativo. Por eso, si se aprecia el derecho metodológicamente como una actividad interpretacionista o propia de la hermenéutica reflexiva, es posible comprender de mejor modo su carácter de ciencia. Por ello, para algunos intelectuales es importante cuestionar el positivismo jurídico que lo único que ha conseguido es aislar al derecho de las demás ciencias sociales. Lo importante es considerar el objetivo por el cual fue creado el derecho. Escribe Gómez:

Aquí tenemos otra consecuencia práctica a la hora de investigar jurídicamente, es necesario conocer el fin para el cual fue creado el derecho, entendiendo el

derecho como un medio por excelencia. Así pues, los fines para los cuales fue creado el derecho le brindan un contexto al texto jurídico, un contexto que es totalmente necesario a la hora de determinar el contenido de las fuentes formales que se pretenden estudiar.

El fenómeno cultural como objeto de la investigación jurídica y la valoración de los fines para los cuales fue creado el derecho, nos muestran que el método apropiado para la investigación jurídica deberá ser un método interpretativo.

Este método interpretativo ... va encaminado a dos puntos nodales de la fuente formal del derecho objeto de estudio, a saber, la determinación de los conceptos lingüísticos empleados por dicha fuente y el alcance de esos conceptos lingüísticos en función de los fines para los cuales fueron expedidos. (2010, p. 54)

Pues bien, el objeto de estudio del derecho es el modo de ordenar la sociedad para lograr cohesión y progreso, pero sabemos que los modelos de valoración que fundamentan lo que se entiende por “cohesión y progreso” es cambiante con el tiempo. De acuerdo con Gómez:

... La experiencia jurídica contemporánea nos muestra que el objeto del estudio jurídico es un objeto que cambia con el tiempo y con las culturas, y la exigencia de un método fundado en la teoría de la interpretación y argumentación surgen como conclusiones-premisas de esta investigación. (2010, p. 43)

Lo cierto es que el derecho puede volverse una actividad interpretativa o hermenéutica que se base en cómo entender el significado o la aplicación de ciertas leyes o códigos. Sin embargo, es cierto también que lo que antiguamente era considerado una forma de represión (por ejemplo, prohibir los matrimonios gays) hoy se puede considerar de nuevo una necesidad, por ejemplo, ante la hipotética situación de incrementar la tasa de natalidad. Eso depende mucho de la idiosincrasia de la gente que vive en tales o cuales lugares y épocas. Por ende, se suele decir que en el derecho no hay estrictamente progreso, pues las viejas normas pueden ser derogadas y pasado cierto tiempo pueden resucitar de acuerdo con la necesidad y el sentir de la población. Si esto es así, lo que se determina como justo o no pareciera depender más del azar y la fortuna que de cuestiones objetivas. Sin embargo, esto no es así pues mediante las teorías de la interpretación y de la argumentación jurídicas se podrían evitar caer en el abismo de la arbitrariedad subjetiva:

En virtud del método interpretativo y la indivisibilidad del intérprete a la hora de la investigación jurídica, surge un interrogante bastante interesante. ¿Hasta qué punto esa libertad que tiene el intérprete de escoger un método y de impregnar con su personalidad el proceso investigativo, puede colindar con la arbitrariedad a la hora de presentar el resultado de la investigación o de presentar una decisión judicial? Una hipótesis para el problema sería la teoría de la argumentación jurídica, de esta forma sólo intuitivamente podríamos afirmar que una completa metodología de la investigación jurídica debería estar compuesta por una teoría de la interpretación, como explicación del contexto de descubrimiento de las decisiones judiciales o de cualquier investigación jurídica y posteriormente por una teoría de la argumentación, desarrollada ya en un contexto de justificación que seguramente servirá para la legitimación de la libertad interpretativa del investigador, libertad metódica y de injerencia de personalidad inevitables, de esta manera la teoría de la argumentación será una herramienta de legitimación y si se puede decir de racionalización del resultado obtenido. (Gómez, 2010, p. 56)

Debemos recordar que para comprender la esencia del derecho se ha solido contraponer *physis* y *nómos*. De este modo, se afirma que la *physis* es eterna, inmutable y no dependiente del ser humano, por ejemplo, la materia. En cambio, el *nómos* es caducable, mutable y dependiente del ser humano, por ejemplo, la ley de pago de impuestos. Precisamente, la ley puede cambiar porque los intereses humanos pueden cambiar y, además, el lenguaje puede cobrar nuevos e inusitados significados. Así, donde hace más falta interpretaciones es donde hay más confusiones o lagunas, esto es, zonas borrosas. Aclarar eso sería tarea del derecho. De este modo, en el derecho no se establece la verdad sino más bien lo razonable, plausible o justificable. Es, en este especial sentido, que podemos decir que el derecho es una ciencia. Para conocer más detalles acerca de cómo los juristas tratan con lagunas analizaremos el siguiente caso.

La interpretación es fundamental en el derecho. Así, en relación a una buena interpretación se puede estudiar lo que sucedió cuando se buscó en un caso mediático objetar un auto de vista (o reclamo) ante una acusación. En particular, trataremos el caso de maternidad subrogada protagonizado por Ricardo Morán. Según el expediente 06323-2021-0-1801-JR-DC-09 (Corte Superior de Justicia, 18 de julio del 2022), Ricardo Morán Vargas presentó una acción de amparo en relación a sus dos menores hijos, Emiliano y Catalina Morán Vargas, agraviados por la entidad RENIEC el 11 de marzo de 2021 solicitando nulidad de la Resolución No. 291- 2021/GOR/JR10LIM/RENIEC y así se validen sus derechos a la identidad, nombre, igualdad y no discriminación.

Además, el juez Juan Torres escuchó ambos argumentos, tanto del demandado como del demandante. Sin embargo, procedió bajo base legal del artículo 21 del Código Civil en donde se alega que cuando la madre no revele la identidad del padre, podrá inscribir a su hijo con sus apellidos. Así, conforme a lo anterior esto no se puede realizar si se trata del género masculino, pues tal como se afirma en el artículo 7 de la ley General de la Salud es necesario que la condición de madre genética y biológica deba recaer en la misma persona. Por último, se conoció que ambos menores nacieron en Texas y que el Juzgado de California le entregó a Morán la patria potestad por maternidad subrogada, cosa que en Perú no se acepta, puesto que la posibilidad de exigir el reconocimiento de los hijos corresponde a quien lo gesta, en este caso, la madre. Por estas razones, Morán ha expresado su desacuerdo y ha manifestado que se siente discriminado. Como sabemos, la noción de discriminación es de amplia aplicación en nuestro país. En este caso está involucrado el bienestar de los niños, pues, según la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva N. 17 se puede leer lo siguiente: "... los Estados deben proteger el interés superior del menor, por lo cual, las normas se deben aplicar en beneficio de ellos para que puedan realizar el ejercicio pleno de sus derechos, derechos que actualmente se encuentran vulnerados ...” (Herrera, 2020, párr. 8). Por ende, nos encontramos ante una laguna jurídica que nace de la interpretación del artículo 21 del Código Civil, ya que si bien se considera a la madre como persona capaz de registrar a sus hijos en el RENIEC, también se debería aceptar al padre en este caso, especialmente, por el Principio de Territorialidad que figura en el artículo 1 de Código Civil y que alega lo siguiente: “La Ley Penal peruana se aplica a todo el que comete un hecho punible en el territorio de la República, salvo las excepciones contenidas en el Derecho Internacional” (2023). Por lo tanto, se conoce que el demandante hizo legal su adopción por maternidad subrogada. Además, Morán cuida con el mismo empeño que una madre la sustentación de sus menores hijos brindándoles manutención y cuidados correspondientes. Asimismo, al cabo de 2 años RENIEC deniega el registro. Y, finalmente, si bien el fallo a favor se dio en Estados Unidos, el hecho catalogado de punible para Perú era válido para la legislación extranjera, la cual defendía los derechos de los menores, así como validaba la maternidad subrogada.

Por ello, bajo alegatos incluidos en el reglamento de la Corte Interamericana de Justicia se tiene que

Los estándares constituyen un paradigma interpretativo ineludible para el cumplimiento efectivo de las obligaciones internacionales y un mecanismo de enriquecimiento permanente que los tribunales internacionales aportan al contenido esencial de los derechos humanos. Estos estándares son recogidos de

diversos documentos como informes estatales o temáticos, así como de varios casos llevados ante la Comisión Interamericana y sentencias de la propia Corte Interamericana. (Salmón y Blanco, 2012, p. 20)

En consecuencia, el juez está haciendo caso nulo a dicho argumento. Por ende, gracias a la laguna jurídica del artículo 21 del CC podemos apelar en defensa de este padre que en meritorio cuidado de sus hijos exige empeñosamente que se haga justicia de la identidad de sus hijos. Ahora, en relación al fallo, es decir, la sentencia infundada, en el trabajo de Silfredo Hugo (2016) titulado *Estudio de la ley penal y su aplicación en relación con su ámbito de validez espacial* se enfatiza acerca de la estructura de la deliberación. Por ello, se tiene ahora como norma primaria el Principio de Territorialidad, que se puede ver en el artículo 1 del Código Penal (2023), y en tanto norma secundaria a considerar el artículo 21 del CC (Herrera, 2020). Así, si se decide priorizar el artículo 1 del Código Penal, ya se estaría considerando los derechos del niño como igual de importantes que la aceptación legal de la maternidad subrogada. Finalmente, aunque no se haya obtenido un fallo favorable a los intereses de Morán en las circunstancias actuales (Corte Superior de Justicia, 18 de julio del 2022), se logró esclarecer que, en muchas ocasiones, la científicidad del derecho es de suma importancia para lograr una mejor práctica de la legislación en las diferentes magistraturas públicas en las que se pueden realizar diversidad de audiencias. Parte de este enfoque científico de las leyes es que, a partir de una laguna no solamente se puede obtener algo para realizar una reforma sino que si se interpreta a profundidad, por medio de la lógica, podemos hallar una solución a una problemática, en este caso de origen jurisdiccional, como las casaciones emitidas por los Juzgados Constitucionales o Cortes Superiores de Justicia.

7. Nuestra posición

7.1. La científicidad del derecho

La ciencia es un producto cultural. Lo anterior significa que es algo que hacen los seres humanos cuando conforman comunidades. La ciencia no es, sin embargo, un producto espontáneo, pues necesita de cierta complejidad de desarrollo social y económico. La ciencia necesita de sus integrantes unidad y capacidad crítica al mismo tiempo. Además, al concebirla como lo que hace un grupo de personas se abre la posibilidad de realizar análisis éticos y sociales a la conducta que exhiben los propios científicos.

La ciencia no es producto de individualidades aisladas y sin conexión con su sociedad. En realidad, los científicos conversan entre ellos mediante cartas, cuando se reúnen en un congreso, cuando realizan exposiciones a nivel internacional, cuando escriben

artículos refrendados por pares ciegos en revistas indexadas de alcance mundial, etc. Ahora bien, en el caso particular del derecho su científicidad radica en que sea considerada o bien como parte de un proyecto desarrollado por los propios cultivadores del derecho o bien como parte de un proyecto interdisciplinario. En el primer caso, estamos ante la investigación jurídicamente propiamente dicha. De acuerdo con Unzain y Lazarte:

- ... es necesario demarcar algunas características de la Investigación Jurídica:
 - A partir de las normas jurídicas o los fallos jurisprudenciales se pueden generar hipótesis para identificar problemáticas, conflictos y/o necesidades en el campo del derecho así generar hipótesis para resolverlos.
 - La necesidad de establecer un criterio demarcatorio que permita a la comunidad científica deslindar el tratamiento científico del problema, diferenciándolo de un mero argumento.
 - La utilización de un lenguaje unívoco, alejado de la retórica jurídica en general compuesto por palabras ambiguas o polisémicas, para garantizar insertar al derecho en el mundo de la investigación científica.
 - ... el proceso judicial posee la misma estructura que la de las disputas científicas, es decir, los procedimientos científicos son esencialmente análogos a los que ocurren en la experiencia jurídica.
- Considerando que el derecho en sí mismo, contiene conceptos equívocos, ya que encuentra sus fundamentos en diversas doctrinas filosóficas ..., lo cual implica una mirada subjetiva, y, por lo tanto, impropia para la investigación científica. Será necesario considerar la concepción del derecho como ciencia fundada en el hombre, como persona y ser social, en términos científicos de análisis, enmarcado en la metodología de la investigación. (2018, p. 5)

El derecho para ser considerado ciencia debe construir hipótesis en base a normas jurídicas. Además, se debe distinguir en el derecho entre problemas científicos y simples argumentos. Asimismo, el lenguaje del derecho debe alejarse de peligrosas polisemias. Y, finalmente, debe profundizar en la estructura del proceso judicial que tiene una forma análoga a los procedimientos científicos. Es decir, siguiendo la recomendación anterior el derecho puede ser considerado como una ciencia.

Por otro lado, en tanto parte de un proyecto interdisciplinario, la ciencia del derecho es como la ciencia de la educación, es decir, no es una sola, sino que más bien está apoyada por varias otras que son las que precisamente le otorgan el carácter de científicidad que de hecho posee por ser un producto cultural desarrollado por estudiosos de las leyes, del

ser humano, de la historia, de la educación, de la economía, etc. En este punto se puede establecer la diferencia entre dos niveles de investigación, según Gómez:

En este sentido existen dos niveles de investigación en el derecho: 1ero) Un análisis acerca de la formulación de hipótesis normativas tendientes a la resolución de problemas que se desarrollan al interior de una sociedad en momentos históricos específicos encaminados a aspectos políticos, económicos y culturales. A este nivel el análisis va del estudio de la sociedad hacia un contexto de creación jurídica, un contexto de descubrimiento para ser más precisos, este es el objeto de estudio propio de la investigación socio-jurídica. Y, 2do) Un análisis de los presupuestos normativos positivizados, es decir, del derecho establecido en virtud de los problemas que le dieron origen. Se trata de una investigación de problemas jurídicos resueltos jurídicamente, problemas de derecho resuelto por las fuentes del derecho. Este es el objeto propio de la investigación jurídica ... (2010, p. 53)

La distinción entre investigación socio-jurídica e investigación jurídica revela el carácter plástico del derecho, es decir, ese rasgo de poder considerar como objeto de investigación a los objetos plenamente jurídicos por sí mismos y también de poder considerar como objeto de su investigación a los temas que estudian las ciencias sociales.

Entonces, en este trabajo consideramos que el derecho es una ciencia tanto si investiga objetos puramente jurídicos como si estudia objetos del tipo social. Pero no nos quedamos en este punto de vista. En realidad, lo que queremos probar es que la lógica deóntica³ le otorga científicidad a la ciencia del derecho. A continuación, desarrollamos este aspecto de nuestra contribución.

7.2. La lógica deóntica como herramienta fundamental para la ciencia del derecho

Para Leibniz, el derecho es una ciencia profundamente racional que se basa en el orden y la organización de sus definiciones, argumentos e ideas. Así lo confirma nuestro filósofo cuando en su obra *Los Elementos del Derecho Natural* de 1671 afirma que

La doctrina del derecho es de la índole de aquellas ciencias que no dependen de experimentos, sino de definiciones, no de demostraciones de los sentidos, sino

³ La lógica deóntica se usa para evaluar normas jurídicas, pues es una variación de la lógica modal que en vez de operadores modales utiliza operadores deónticos tales como «obligatorio», «permitido» y «prohibido». Para conocer más, recomendamos Mora (2022).

de las de la razón, y son, por así decirlo, propias del derecho y no del hecho ... Por tanto, como la teoría del derecho es una ciencia, y la causa de la ciencia es la demostración, y como el principio de la demostración es la definición, antes de pasar adelante debemos investigar cuál es la definición de las palabras Derecho, Justo y Justicia. (citado por Fernández Díaz, 2019, pp. 21-22)

Ahora bien, el derecho busca aquel control que se ejerce por medio de la legislación a los ciudadanos (Alcívar, Albert y Murillo, 2022) y es necesario que para aplicar el derecho se requiera de justicia o equidad sobre el peso de la ley tanto para el agraviado como para el imputado. También, la ciencia jurídica es necesaria en la cotidianidad para hacer valer los derechos humanos de la persona y para lograr esto se requiere firmemente una interpretación de la norma jurídica. Así, se comprobaría que el derecho es una ciencia, debido a que la causa de esta es la demostración, específicamente, el derecho debe definir con claridad los conceptos inmiscuidos en las leyes y, además, debe interpretar adecuadamente lo que el legislador ha dejado por escrito.

Dicho de otro modo, afirmamos que el derecho conserva su esencia y se mantiene como ciencia para poder ser más útil tanto en las polémicas que se dan entre especialistas y juristas como en la vida cotidiana de las personas que se ven implicadas en un conflicto y que exigen que una tercera persona, a saber, el juez, tenga la capacidad de otorgar a cada parte una sentencia justa.

Enseguida, analizaremos un caso particular donde notaremos la importancia de usar la lógica deóntica para aclarar ideas que están contenidas dentro de las normas jurídicas. Con esto, buscamos probar que parte de la científicidad del derecho se basa en el adecuado uso de esta lógica no clásica. Por ejemplo, estudiemos el caso de la primera parte del artículo 12 del vigente Código Penal (2023) que alega: “Las penas establecidas por la ley se aplican siempre al agente de infracción dolosa”. Primero, se deberá distinguir si sus términos u operadores jurídicos son permisión, obligación o prohibición. Y dado que este artículo se expresa con carácter obligatorio, utilizaremos el operador O de la lógica deóntica. Ahora, habría que reconocer los componentes del antecedente los cuales son la pena, la ley, la relación de establecer, el agente, la infracción dolosa y la relación de cometer. El consecuente expresa que al agente (que cometa infracción dolosa) se le aplicará la pena (establecida por ley). Siendo así, entonces para simbolizar la norma antedicha rigurosamente (con vistas a luego interpretarla) se deberá escribir la siguiente fórmula:

$$(\forall x)(\forall y)(\forall z)(\forall w)[(Px \wedge Ly \wedge Exy \wedge Az \wedge Iw \wedge Czw) \rightarrow OQxz]$$

En pocas palabras, mediante la lógica deóntica en relación a este artículo 12 se confirma la científicidad del derecho, pues se logra establecer un lenguaje claro, preciso y riguroso que nos puede ayudar a entender mejor cómo se construye una norma jurídica. La fórmula anterior se interpretaría así: “Para todo x, para todo y, para todo z, para todo w, si x es pena, y es ley, x es establecida por y, z es agente, w es infracción dolosa y z comete w, entonces es obligatorio que x se le aplique a z”.

De este modo, nos percatamos que volver riguroso al derecho lo acerca al concepto de ciencia. En ese sentido, es factible que el derecho sea considerado una ciencia ya que, a través de su propio contenido, la interpretación de leyes se podría realizar prudentemente usando las herramientas propias de la demostración de la lógica deóntica.

Y en relación a considerar la lógica como algo necesario para entender el derecho, no estamos solos pues el mismo Bunge, que considera al derecho como una técnica, asegura que el derecho hace uso de la filosofía y, en especial, de la lógica y otras disciplinas más. Sin embargo, destaca que desde los romanos el derecho ha intentado ser prudente en cuanto a coherencia lógica, en tanto es un indicador de racionalidad:

Ahora bien, la jurisprudencia, lo mismo que otras ramas de lo que yo llamo sociotécnica, hace uso de la filosofía; en particular de la lógica, la teoría del conocimiento, la filosofía moral, la filosofía política. En efecto, la historia del derecho muestra que éste siempre ha estado relacionado de diversas maneras con la filosofía. Desde la época de los romanos o, mejor dicho, de los bizantinos, quienes codificaron las leyes del Imperio Romano de Oriente, una preocupación central de los jurisconsultos fue siempre la coherencia lógica, algo que constituye una exigencia de la racionalidad. (Bunge, 2000, p. 123)

En realidad, desde épocas antiguas la ciencia ha sido acompañada por la lógica. Por ejemplo, casi toda la ciencia antigua fue respaldada por la lógica aristotélica y, precisamente, cuando otro tipo de lógica se fue imponiendo, a saber, la lógica inductiva, el mundo aristotélico fue cediendo su lugar a la ciencia moderna de Galileo y compañía⁴.

⁴ Las diferencias fundamentales entre ciencia antigua y ciencia moderna son las siguientes. En primer lugar, la ciencia antigua carecía de un método de replicación y comprobación de las teorías, pues en su formulación solo importaba que fueran válidas a la luz de la lógica aristotélica. La ciencia moderna, en cambio, se rige por el método científico que se basa en la lógica inductiva. En segundo lugar, la ciencia antigua mostraba mucha reverencia ante los textos previos, sobre todo en la época medieval, en que contravenir los designios bíblicos era motivo de acusaciones de herejía. La ciencia moderna también se apoya en los textos y experimentos previos, pero permite la actualización y cuestionamiento constante de lo que hasta el momento se tenga como cierto. En tercer lugar, la ciencia antigua proponía un finalismo, es decir, un fin ulterior en todas las cosas, una razón de existir que debía ser descubierta. La ciencia moderna, en cambio, hereda de Aristóteles el mecanicismo, la consideración de que el mundo opera como una máquina o un sistema, pero sin una finalidad preestablecida. En cuarto lugar, mientras la ciencia antigua partía de presupuestos metafísicos, la ciencia moderna los rechaza de plano. En otras palabras, la ciencia

En la búsqueda de un método que sirva para la ciencia, Descartes cuestiona la lógica de Aristóteles:

El método cartesiano tiene su origen básicamente en tres fuentes, a saber: la lógica, el análisis geométrico y el álgebra. Descartes ... había encontrado que, en lo tocante a la lógica aristotélica, ésta solo servía para defender verdades y no para encontrar nuevas ... (Gómez, 2010, p. 47)

La lógica siempre ha acompañado a la ciencia. Precisamente, lo que hacían los primeros científicos, a saber, los presocráticos (como Pitágoras o Demócrito, entre otros) era pensar con lógica cada uno de sus planteamientos acerca del principio responsable de dar origen a la realidad. Y hoy, en la época contemporánea, por ejemplo, cuando se busca comprobar alguna hipótesis, en realidad, lo que se hace es deducir alguna consecuencia contrastable que se pueda extraer a partir de suponer la verdad de la hipótesis. Y, de comprobarse que ocurre dicha consecuencia, podemos afirmar que hay razones para confiar (en cierto porcentaje) en la verdad de la hipótesis inicial. En el caso de las ciencias sociales o aquellas que usan la interpretación, la lógica se revela en el orden en que se aplican las encuestas, en el rigor con que se formulan las preguntas en las entrevistas y en la claridad de los escritos que se basan en las observaciones llevadas a cabo.

También, la lógica permite refinar el lenguaje utilizado por los científicos al poder enunciar con mayor rigor las leyes científicas, por ejemplo, se puede usar lógica de primer grado para formalizar la tercera ley de Newton. Asimismo, la lógica exige que cada término utilizado tenga un significado preciso y determinado de antemano y que no genere confusiones o malos entendidos. En pocas palabras, el uso de la lógica es indicador de claridad, univocidad, rigor e impersonalidad de las actividades investigativas de los científicos. Así, el lenguaje de la lógica le otorga seriedad al lenguaje científico.

7.3. La epistemología popperiana puede reforzar el aspecto científico del derecho

En el siglo XX, la lógica se volvió no solo una herramienta más del pensamiento crítico de los científicos, sino que también, escaló un nivel de profundidad, y fue considerada parte de los análisis epistemológicos. Así, Popper (1962) planteó el falsacionismo. Él

antigua partía de suposiciones aceptadas de antemano como ciertas porque se explicaban a sí mismas, como las ideas religiosas o teológicas. La ciencia moderna, en cambio, se opone a todas las formas de metafísica, pues considera que todo debe poder ser explicado en base a leyes comprobables. Finalmente, en quinto lugar, mientras la ciencia antigua buscaba dar con las causas de los fenómenos, la moderna persigue la formulación de leyes que sirvan para describir cómo opera la naturaleza en general.

afirmó que la ciencia se puede falsar, es decir, que puede cometer errores, pero también aprender de estos y así progresar. Por el contrario, la pseudociencia se presenta como infalible. En este sentido, es pseudociencia la astrología que elabora enunciados algo borrosos sobre el futuro de alguien, por ejemplo: “Hoy verás a alguien del pasado y deberás cuidarte del frío”. Decirle a cualquiera esto como una predicción es una broma porque, en realidad, siempre vemos a gente del pasado, si el pasado es lo que ocurrió hace un segundo. Entonces, esa predicción es infalible. Pero, precisamente, el ser infalible es lo que le quita el carácter científico, de acuerdo con Popper.

Para Popper, la ciencia puede ser falsada. Por ejemplo, “Todos los cisnes son blancos”. Esta idea puede ser falsada con la sola presencia de un único ejemplar que sea cisne y negro. Si apareciera un espécimen así, la ley científica anterior acerca de los cisnes sería considerada falsada y habría que reformularla.

La relación entre lo anterior y el derecho se hará patente afirmando que las normas jurídicas al igual que las leyes científicas pueden ser enunciadas como proposiciones universales afirmativas. Por ejemplo, si el derecho sostiene que “Todos los padres deben mantener a sus hijos”, en lógica deóntica lo anterior se simboliza de este modo: “(x) (Pxy O Mxy)”, lo cual se lee: “Para todo x, si x es padre de y, entonces es obligatorio que x mantenga a y”. Lo problemático aquí es considerar que esto pueda ser falsado. Pero, según Unzain y Lazarte:

En cuanto ciencia el derecho se expresa a través de las normas y sistemas normativos, que constituyen un orden descriptivo y anticipativo acerca del comportamiento de la realidad implicada en la vida humana. La ciencia describe y a partir de la descripción busca anticiparse a la contingencia, es decir, al desorden.

Si se considera al derecho como ciencia normativa de la conducta humana, permitirá describir y por ende exponer a la crítica las normas jurídicas, a la contrastación con la realidad de referencia y al hacerlo le posibilitará ir eliminando el ocultamiento argumentativo, con sus correspondientes consecuencias para las personas y grupos sociales. En este marco, se considera a la norma jurídica como una hipótesis o doble hipótesis, a los efectos de identificar las problemáticas o conflictos sociales y encontrar las posibles soluciones. (2018, p. 15)

Es decir, desde cierto punto de vista, las normas jurídicas o, mejor aún, las hipótesis basadas en estas normas, sí pueden ser falsadas porque, en relación al ejemplo, en algún momento pudiera darse la situación que un padre, sin embargo, no esté obligado a mantener

a un hijo determinado quizá por exámenes de ADN, quizá porque este hijo representa una amenaza social, o quizá porque, puede darse la situación de que compartan ADN y que genéticamente el individuo pueda ser considerado como su hijo y, sin embargo, el padre también podría ser descubierto como estéril de nacimiento. Esto es, la norma que afirma que “Todos los padres deben mantener a sus hijos” debe ser refutable mediante un caso posible o real en el cual un individuo sea padre pero no tenga que mantener a sus hijos. Si bien lo anterior es un caso muy rebuscado y parece sacado de una novela, podría darse ese caso, en algún mundo posible. Y si esto es así, los juristas tendrían que reelaborar dicha norma o, en caso de que no se pudiese mantenerla, cambiarla radicalmente. Y si los que son responsables de elaborar las normas jurídicas, también pueden “falsarlas” y así generar mejores normas, pues, lógicamente, el derecho sería una ciencia, en términos popperianos.

Con la lógica no clásica se pueden descubrir nuevas verdades. En el caso del derecho, la lógica deóntica le otorga su carácter de científico porque podría permitir determinar algunos hechos o posibles hechos que estaban ocultos a simple vista.

8. Conclusiones

La ciencia política trata acerca de cómo conseguir el poder y cómo lograr una administración adecuada de los recursos del Estado. El derecho, por otro lado, es la herramienta que hace posible que los políticos cumplan sus promesas, mediante la modificación de aquellas normas jurídicas que afectan la vida de las personas.

El carácter científico del derecho depende de la distinción entre fenómenos naturales y fenómenos culturales. Esto nos coloca en la situación de considerar al derecho como una ciencia vinculada con los fenómenos sociales.

Ahora bien, hemos revisado cada una de las posiciones que se han planteado al respecto. Por un lado, los que consideran que el derecho no es una ciencia afirman que el derecho, en realidad, es una habilidad propia de los que diseñan la ley con el cuidado de no cometer excesos y no permitir injusticias. A esto se le llama “jurisprudencia”. Entonces, en tanto jurisprudencia el derecho no es una ciencia. Por otro lado, se afirma que el derecho es una técnica. Los que apoyan esta posición argumentan que el derecho busca el control de las conductas de los ciudadanos. En ese sentido, el principal valor del derecho es la eficacia y no solo la justicia. También existe la posición que sostiene que el derecho es una ciencia siempre y cuando se le considere una ciencia social que usa el método interpretacionista o hermenéutico.

Nuestra posición se basa en considerar que el derecho es una ciencia tanto por sí misma como en su relación con otras ciencias sociales. Asimismo, planteamos la idea de que la lógica cuando se desarrolla es capaz de otorgarle científicidad a todo aquello con lo que se relaciona, siempre y cuando este conocimiento no se estanque en solo descripciones de la realidad, sino que también debe hacer contrastaciones y comprobaciones, ya sea experimentalmente o mediante encuestas o entrevistas y demás. En especial, el derecho hace uso de la lógica deóntica y, precisamente, mediante esta es posible entender que para refutar una norma basta con encontrar un contraejemplo. Si esto pudiera hacerse, es decir, si se pudieran falsar las normas jurídicas o las hipótesis basadas en normas jurídicas, entonces, sería verdad que el derecho es una ciencia tal y como lo exige el marco teórico popperiano.

Referencias

- Aristóteles. (1994). *Metafísica*. Gredos.
- Alcívar, C. Albert, J. y Murillo, Á. (2022). *La Justicia como Principio Jurídico y su Fundamentación en el Derecho Ecuatoriano*. Universidad Tecnológica ECOTEC. <https://libros.ecotec.edu.ec/index.php/editorial/catalog/view/79/76/1085-1>
- Bunge, M. (2023). El derecho como técnica social de control y reforma. *Isonomía*, (13), 121-137. https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182000000200122
- Castellano, D. (2014). El derecho entre ciencia y jurisprudencia. *Prudentia Iuris*, (78), 179-190. <https://repositorio.uca.edu.ar/bitstream/123456789/2756/1/derecho-ciencia-jurisprudencia-castellano.pdf>
- Dilthey, W. (1949). *Introducción a las Ciencias del Espíritu. En la que se trata de fundamentar el estudio de la sociedad y de la historia*. FCE.
- Fernández Díaz, A. (2019). ¿Es el Derecho una ciencia? Una pregunta impertinente. *Revista Española de Control Externo*, 21(61), 11-41. https://www.tcu.es/repositorio/809dc7c3-204e-49fe-bb91-9d58a60eca73/R_61_1_%20A_FERNANDEZ.pdf
- Gómez, L. (2010). El Problema de la científicidad del Derecho en la concepción de Ciencia de La Modernidad: Una aproximación al Investigar Jurídico. *Revista Jurídica Piélagus*, 9(1), 43-57. <https://journalusco.edu.co/index.php/pielagus/article/view/613/1165>

- Herrera, F. (2020, 15 de diciembre). Caso Ricardo Moran: legalidad versus derecho a la identidad. Una lucha por la inscripción de los hijos ante la RENIEC. *La Ley. El Ángulo Legal de la Noticia*. <https://laley.pe/art/10407/caso-ricardo-moran-legalidad-versus-derecho-a-la-identidad>
- Huanca, F. (1997). La jurisprudencia no es ciencia. *Revista Ciencia y Cultura*, (1), 134-145. <http://www.scielo.org.bo/pdf/rcc/n1/a16.pdf>
- Hugo, S. (2016). Estudio de la ley penal y su aplicación en relación con su ámbito de validez espacial. *Alma máter*, 3(4), 143-163. <https://revistasinvestigacion.unmsm.edu.pe/index.php/alma/article/download/12619/11304/44051>
- Kirchmann, J. (1983). *La jurisprudencia no es una ciencia*. Civitas.
- Código Penal Peruano [actualizado 2023]. (25 de mayo del 2023). *LP. Pasión por el Derecho*. <https://lpderecho.pe/codigo-penal-peruano-actualizado/>
- Ministerio de Justicia. (1993). *Texto Único Ordenado (TUO) del Código Procesal Civil*. SPIJ. <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/detallenorma/H682685>
- Mora, R. (2022). *Investigando a la lógica desde un punto vista filosófico*. Acuedi.
- Popper, K. (1962). *La lógica de la investigación científica*. Tecnos.
- Pound, R. (2004). *Las grandes tendencias del pensamiento jurídico*. Granada.
- Resolución N. Cinco, 9.º juzgado constitucional. Expediente 06323-2021-0-1801-jr-dc-09. (2022, 18 de julio). Corte Superior de Justicia (Torres Tasso, J. F.). <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/f8a2c50047d96dc5bad0fb6b50288fa1/Expediente+6323-2021.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=f8a2c50047d96dc5bad0fb6b50288fa1>
- Rousseau, J-J. (1996). *Contrato Social. Discurso sobre las ciencias y las artes. Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres*. Alianza Editorial.
- Rubio, M. (1993). *El Sistema Jurídico*. Fondo Editorial PUCP. https://usmpaqp.edu.pe/?smd_process_download=1&download_id=10153
- Salmón, E. y Blanco, C. (2012). *El derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. IDEHPUCP y Cooperación Alemana al Desarrollo. https://idehpucp.pucp.edu.pe/images/publicaciones/derecho_al_debido_proceso_en_jurisprudencia_de_corte_interamericana_ddhh.pdf
- Unzain, N. y Lazarte, M. (2018). El método científico aplicado al derecho como ciencia reguladora de la conducta humana. En *VI Encuentro Latinoamericano de Metodología de las Ciencias Sociales* (pp. 1-18). Universidad Nacional

de La Plata, Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación, Centro Interdisciplinario de Metodología de las Ciencias Sociales. http://www.memoria.fahce.unlp.edu.ar/trab_eventos/ev.12752/ev.12752.pdf

Vergara, L. (2009). El Derecho, una ciencia para desarrollar la humanidad. *Revista Justicia*, (15), 102-109. <https://revistas.unisimon.edu.co/index.php/justicia/article/view/970>

Witker, J. (2015). Las ciencias sociales y el derecho. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, 48(142), 339-358. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=42737102010>



LA EXPERIENCIA ESTÉTICA Y LA CONSIDERACIÓN DE LA DIGNIDAD HUMANA ANTE EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD: EL CASO DEL MÉTODO APAC*

*Gilmar Siqueira***

*Universidad Federal de Pará – UFPA, Brasil
gilmarsiqueira126@gmail.com*

*Teófilo Marcelo de Arêa Leão Júnior****

*Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, Brasil
teofilo@univem.edu.br*

*Rogério Cangussu Dantas Cachichi*****

*Universidad de Marília – UNIMAR, Brasil
rogeriocangussu@gmail.com*

RESUMEN: El objetivo de este artículo es esbozar una analogía entre la experiencia estética (tanto de la belleza como de la fealdad) sobre las personas, la respuesta exigida de ellas y el contacto real con el sufrimiento ocurrido en el método APAC de cumplimiento de la pena criminal y que motivó su creación. El problema investigado es el siguiente: ante una circunstancia de desigualdad y sufrimiento humano —que en alguna medida podrían

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

** Doctorando en Derecho por la Universidad Federal de Pará – UFPA y máster en Derecho por el Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM.

*** Doctor en Derecho por la Instituição Toledo de Ensino – ITE, São Paulo; máster en Derecho de las Relaciones Sociales por la Pontificia Universidad Católica de São Paulo – PUC-SP; posdoctor en Derecho por el Ius Gentium Conimbrigae de la facultad de Derecho de la Universidad de Coimbra, Portugal. Es coordinador del curso de Derecho y profesor del grado y posgrado del Centro Universitario Eurípides de Marília – UNIVEM.

**** Doctorando en Derecho por la Universidad de Marília – UNIMAR y máster en Derecho por el Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM/Fundação. Graduado en filosofía (UEL). Miembro del grupo de pesquisa “GP CERTOS y Políticas Públicas” (UENP), asignado al Directorio de Grupos de Pesquisas del CNPq. Juez federal de la Subsección Judicial de Jacarezinho/PR (Brasil).

ser remediados por el derecho— una teoría que relacione la belleza y la justicia, ¿puede contribuir de alguna manera para que se comprenda mejor el derecho y su papel en la comunidad? La investigación, realizada por el método analógico, se justifica tanto por la presentación y discusión de la tesis de Elaine Scarry en lengua española como por la manera de pensar en la justicia no como elemento aislado en la percepción humana, sino en conjunto con otros elementos de la realidad —otras fuentes— capaces de darle forma al derecho.

PALABRAS CLAVE: Método APAC, derechos sociales, derecho y arte.

THE AESTHETIC EXPERIENCE AND THE CONSIDERATION OF HUMAN DIGNITY IN THE PRINCIPLE OF SUBSIDIARITY: THE CASE OF THE APAC METHOD

ABSTRACT: The purpose of this article is to establish an analogy between the aesthetic experience (of beauty and ugliness) on people, the response which is demanded and the real contact with the suffering that occurred in the APAC method and motivated its creation. The problem investigated is the following: in a circumstance of inequality and human suffering – which to some extent could be remedied by law – a theory that relates beauty and justice, can it contribute in any way to a better understanding of the law and its role in the community? The research, carried out by the analog method, is justified both by the presentation and discussion of Elaine Scarry’s thesis in the Spanish language and by the way of thinking about justice not as an isolated element in human perception, but in conjunction with other elements of reality —other sources— capable of shaping law.

KEYWORDS: APAC Method, Social Rights, Subsidiarity, Law and Art.

1. Introducción

El derecho no se justifica por sí mismo. Detrás de cada decisión judicial, proyecto legislativo o política pública existen, además de los fundamentos normativos que permiten la decisión, el proyecto o la política pública, otros fundamentos que darán informaciones a los participantes de la práctica jurídica. Dichos fundamentos pueden ser buscados en otros campos del conocimiento (como la economía, por ejemplo) y traerán presuposiciones acerca de la persona y la racionalidad humana.

La importancia del diálogo entre el derecho y otras ramas del conocimiento no es restringir —antes lo contrario: ampliar— la visión jurídica sobre una concepción que puede ser dominante en la sociedad. Las presuposiciones de esa concepción tienen que ser

conocidas y, especialmente, otras concepciones tienen que ser exploradas y comparadas (Nussbaum, 2010, p. 263).

En el contexto de un diálogo interdisciplinar entre derecho, filosofía y arte, el objetivo de este artículo es discutir la tesis de Elaine Scarry (1999), para quien la belleza, cuando contemplada, demanda la replicación y protección de quien la contempla. Cuando se trata específicamente de la belleza de una persona, tanto replicación como contemplación pueden volverse sobre la justicia en una relación analógica entre belleza y simetría.

El problema investigado en este artículo puede ser planteado por medio de la siguiente pregunta: ante una circunstancia de desigualdad y sufrimiento humano —que en alguna medida podrían ser remediados por el derecho— una teoría que relacione la belleza y la justicia, ¿puede contribuir de alguna manera para que se comprenda mejor el derecho y su papel en la comunidad?

En su libro titulado *On Beauty and Being Just*, Elaine Scarry (1999) relaciona dos experiencias en apariencia distintas: la experiencia estética y la experiencia de la justicia. La autora intenta demostrar cómo la experiencia estética, más específicamente la observación de la belleza, es capaz de mover a la persona a mirar hacia su prójimo.

Acerca de la experiencia estética, tanto de la belleza como de la fealdad, se ocupará la primera sección de este artículo. Será importante comprender la experiencia estética en un amplio sentido para que se pueda ver cuál es su relevancia para la observación de la realidad y también para la consideración de las demás personas.

En la segunda sección del artículo se traerá el ejemplo del método APAC. La abreviación APAC, en portugués, significa Asociación de Protección y Asistencia a los Condenados. Es un método humanista creado (y todavía en ejecución) en Brasil para el cumplimiento de la condenación criminal. En tal método se podrá percibir la analogía entre la experiencia estética y el acercamiento al sufrimiento real del sistema carcelario brasileño. Además, se verá cómo el método APAC, en su actuación concreta, pone en práctica algunos derechos sociales y puede ser considerado un ejemplo de aplicación del principio de subsidiariedad.

La investigación fue realizada por medio del método analógico, del procedimiento comparativo, de la técnica documental indirecta y de la revisión bibliográfica. La investigación se justifica tanto por la presentación y discusión de la tesis de Elaine Scarry en lengua española como por la manera de pensar en la justicia no como elemento aislado en la percepción humana, sino en conjunto con otros elementos de la realidad —otras fuentes— capaces de darle forma al derecho.

2. La experiencia estética y la respuesta del contemplador

En su libro, *On Beauty and Being Just*, Elaine Scarry intenta traer algo de la experiencia estética al derecho —a la justicia, más concretamente—. Su estudio se ha realizado partiendo, primero, de la experiencia de la belleza sobre todas las personas. Tanto la belleza natural como la creada por manos humanas tienen un efecto sobre quienes las contemplan. En realidad, la belleza demanda una respuesta, una actitud: “Beauty brings copies of itself into being” (Scarry, 1999, p. 3). Todo el que se encuentre ante la belleza, por lo tanto, tendrá el impulso de preservarla y reproducirla de alguna manera: si se es un artista, creará otra obra de arte; si no es artista, intentará compartir la experiencia con su prójimo.

At the moment one comes into the presence of something beautiful, it greets you. It lifts away from the neutral background as though coming forward to welcome you – as though the object were designed to ‘fit’ your perception. In its etymology, ‘welcome’ means that one comes with the well-wishes or consent of the person or thing already standing on that ground. It is as though the welcoming thing has entered into, and consented to, your being in its midst. Your arrival seems contractual, not just something you want, but something the world you are now joining wants. (Scarry, 1999, pp. 25-26)

Existe una participación del que contempla la belleza con la propia belleza y no una sencilla recepción pasiva. La misma respuesta demandada por la belleza es un efecto de la participación; quien la contempla siente la necesidad de replicar o compartir, o sea, de hacerse también parte de la belleza. “It may be that one reason beautiful persons and things incite the desire to create is so that one can place something of reciprocally great beauty in the shared field of attention” (Scarry, 1999, p. 77). Hay aún otro efecto señalado por Scarry:

... the beautiful person or thing incites in us the longing for truth because it provides by its compelling ‘clear discernibility’ an introduction (perhaps even our first introduction) to the state of certainty yet does not itself satiate our desire for certainty since beauty, sooner or later, brings us into contact with our own capacity for making errors. The beautiful, almost without any effort of our own, acquaints us with the mental event of conviction, and so pleasurable a mental state is this that ever afterwards one is willing to labor, struggle, wrestle with the world to locate enduring sources of conviction – to locate what is true. Both in the account that assumes the existence of the immortal realm and in the account

that assume the nonexistence of the immortal realm, beauty is a starting place for education. (1999, p. 31)

La belleza puede ser el punto de partida para la educación porque, desde la belleza, la persona anhelará por conocer más; se sentirá conmovida de tal manera que, para replicar la belleza, necesitará conocerla mejor. La experiencia estética, que empieza por los sentidos de la persona, no se agota en ellos; dicha experiencia es el principio de un estímulo intelectual, es decir, del esfuerzo para comprender la conmoción sensible.

The structure of perceiving beauty appears to have a two-part scaffolding: first, one's attention is involuntarily given to the beautiful person or thing; then, this quality of heightened attention is voluntarily extended out to other persons or things. It is as though beautiful things have been placed here and there throughout the world to serve as small wake-up calls to perception, spurring lapsed alertness back to its most acute level. Through its beauty, the world continually recommits us to a rigorous standard of perceptual care: if we do not search it out, it comes and finds us. (Scarry, 1999, p. 81)

Tal vez la conexión entre la belleza sensible, la educación y la mirada a la realidad no suenen tan claras en un principio. Es menester examinarlas detenidamente antes de seguir adelante. Cuando se piensa en la belleza artística (creada por manos humanas), por ejemplo, se echa de ver que ella puede haber resultado de la observación de la realidad, aunque no sea una copia; en ese sentido, no parece necesario que su espectador ponga más atención a la realidad en su alrededor después de contemplar una obra de arte. La realidad —la naturaleza o las demás personas— bastaría para llamar la atención de un observador. Sin embargo, hay en el arte una similitud entre la creación y la realidad, de tal manera que la primera le permite al observador agudizar su mirada a la segunda.

The proliferation of resemblances extends an object. The point at which this process begins, or rather at which this growth begins, is the point at which ambiguity has been reached. The ambiguity that is so favorable to the poetic mind is precisely the ambiguity favorable to resemblance. In this ambiguity, the intensification of reality by resemblance increases realization and this increased realization is pleasurable. It is as if a man who lived indoors should go outdoors on a day of sympathetic weather. His realization of the weather would exceed that of a man who lives outdoors. It might, in fact, be intense enough to convert the real world about him into an imagined world. In short, a sense of reality

keen enough to be in excess of the normal sense of reality creates a reality of its own. Here what matters is that the intensification of the sense of reality creates a resemblance that reality of its own is a reality. This may be going round a circle, first clockwise, the anti-clockwise. If the savor of life is the savor of reality, the fact will establish itself whichever way one approaches it. (Stevens, 1951, pp. 78-79)

El incremento de lo real comentado por el poeta Wallace Stevens pasa por la ambigüedad de la obra de arte que es, al mismo tiempo, creación imaginativa (y por ende abstraída de la realidad concreta) y elemento capaz de despertar el espectador para la realidad. Existe ahí una ambigüedad que es esencial al arte, porque considera el elemento imaginativo de la vida humana; tal elemento, que recibe fragmentos de la realidad y los exalta (tal como lo hace el artista en su obra), intenta verla más intensamente y comprenderla. La estructura —la forma— de la obra artística intenta comunicar dicha ambigüedad entre la imaginación y la realidad. “La obra de arte vive más de su forma que de su material y debe la gracia esencial que de ella emana a su estructura, a su organismo” (Ortega y Gasset, 1966, p. 399). Es la forma que hace la experiencia estética del propio artista comunicable a los demás.

Scarry (1999) también trata concretamente de la experiencia estética de belleza: la alegría proporcionada por el placer de los sentidos y las actitudes que pueden sucederse a esa alegría. Sin embargo, algunas experiencias estéticas también sobrevienen al espectador cuando la obra artística no retrata necesariamente la belleza estudiada por la autora estadounidense. En ese sentido, es importante señalar la amplia definición de la estética del profesor brasileño (él mismo un artista), Ariano Suassuna (2008):

... definimos a Estética como a Filosofia da Beleza, sendo, aqui, a Beleza algo que, como o estético dos pós-kantianos, inclui aquele amargor e aspereza que lhe via Rimbaud – a fase negra de Goya, a pintura de Bosch e Breughel, o luxuriante, monstruoso e contraditório barroco, as gárgulas góticas, o romântico, as artes africanas, asiáticas e latino-americanas, os trocadilhos obscenos de Shakespeare, o trágico, o cômico – todas as categorias da Beleza e cânones da Arte, afinal; e também, naturalmente, o Belo, nome que fica reservado àquele tipo especial de Beleza que se fundamenta na harmonia e na medida em que é fruída serenamente. (p. 25)

El concepto de Ariano Suassuna, por su amplitud, abarca todavía los temas estudiados por Elaine Scarry y también sirve al propósito de la primera sección del presente artículo:

tomar especialmente la experiencia estética (en ese sentido más amplio) inspirada por las obras de arte. La creación estética, aunque tenga por base la naturaleza, no está obligada a reproducirla como si fuera una fotografía. Hasta la distorsión misma puede tener efectos estéticos buscados por el artista.

Para crear su obra de líneas y colores el pintor imita la naturaleza como si estuviera imitando a otro pintor. No copia la naturaleza como un objeto, sino que hurta de ella, extrae de su observación y convivencia con ella los modos operativos en virtud de los cuales la naturaleza maneja sus propios materiales en bruto, de forma, color y luz para impresionar nuestros ojos y espíritu con la emoción de la belleza. Es éste en verdad un tipo muy peculiar de imitación, pues consiste en hacerse instruir por un maestro mal dispuesto y celoso. Trátase más de un hurto que de una imitación. (Maritain, 1955, p. 268)

Partiendo de ese punto se puede seguir el ejemplo de Maritain y, para fines didácticos, se tratará aquí del pintor. Cuando el pintor observa la realidad y encuentra en ella algo que le parezca distorsionado (el sufrimiento humano, por ejemplo), podrá subrayar esa distorsión real utilizando como medio su propia creación estética. Él no perpetrará una denuncia política del desorden o de la justicia, sino que enseñará ambas a través de una imagen. Y esa imagen puede ser fea.

A Arte do Feio é Arte da Beleza tanto quanto a Arte do Belo, é tão legítima quanto esta última. Diante dessas ásperas formas de Arte que lidam com o Feio, o contemplador experimenta um choque, uma espécie de fascinação misturada de repulsa, e a impressão causada por obras desse tipo é inesquecível. A Arte do Feio como que nos reconcilia com as contradições, os crimes e a feiúra da vida, por apresentar tudo isso representado num outro universo em que aquilo que é chaga aparece cicatrizado e domado. (Suassuna, 2008, p. 237)

El Arte de lo Feo, que también es creación estética, busca (dentro de sus posibilidades) encontrar la raíz del desorden y fijarlo en una imagen. Para emplear la misma expresión que Ariano Suassuna, el artista intentará domar la llaga percibida en la realidad; y puede que lo haga exagerando pictóricamente la llaga. Es esa, por cierto, la característica de la obra del pintor francés Georges Rouault (1871-1958): en sus pinturas de *clowns*, prostitutas, niños y de la miseria humana (no solamente económica) transparenta el desorden que el artista percibió e intentó domar. Para Jacques Maritain, Rouault:

Captou no real e fez brotar às nossas vistas um brilho que ninguém havia ainda descoberto; essas prostitutas e esses palhaços, essas carnes monstruosas e miseráveis, captadas nas harmonias surdas e nas preciosas transparências da mais complexa matéria, são a ferida do Pecado, são a tristeza da Natureza decaída, penetrada por um olhar sem conivência e por uma arte que não se dobra. Assim, essa arte patética tem uma significação profundamente religiosa. (1947, pp. 31-32)

La tristeza ocasionada por el desorden es enseñada con patetismo por Rouault especialmente en sus *clowns*: el colorido de sus ropas parece deshacerse en el desencaje de los rostros melancólicos. Las líneas de los cuerpos son algo más nítidas en las pinturas de prostitutas y tal recurso hace resaltar las carnes miserables, para emplear la expresión de Maritain. “La laideur du péché doit-elle être peinte en rose? En fait, non seulement l’art déborde le beau par le sens mais, de surcroît, Rouault sut exécuter de magnifiques toiles aux sujets non moin magnifiques” (Giles Beaupre, 2014, p. 2). La incomodidad resultante de la contemplación de las obras de Rouault no es repulsión, sino más bien lástima por los pobres personajes allí retratados; su fatalidad inspira pena porque el artista da a entender que sufren silenciosamente. “Beauty seems to place requirements on us for attending to the aliveness or (in the case of objects) quasi-aliveness of our world, and for entering into its protection” (Scarry, 1999, p. 90). Paradójicamente, lo que hace que las pinturas trágicas de Rouault parezcan más vivas al espectador —y demanden protección o por lo menos un respetuoso silencio— es el dolor soportado sin quejas. La prostituta que se lamenta en una de las pinturas lo hace sola, delante de un espejo, y no delante de los demás.

E finalmente, com a transfiguração do mal e do feio, atinge-se o subterrâneo da natureza humana e o fundamento de desordem do real, assim colocados diante de nós como uma visão integral do nosso destino, no que tem de belo e bom; mas também no que possui de falhado, de cruel e infortunado. (Suassuna, 2008, p. 238)

Así se puede percibir que Ariano Suassuna no exagera al decir que el Arte de lo Feo también es Arte de lo Bello, porque, en una obra estética bien lograda (en la que el artista sigue los requisitos intrínsecos de su arte), el desorden y la fealdad también demandan una respuesta del espectador. El arte de Rouault no contradice la perspectiva de Elaine Scarry, sino que la complementa:

The thing perceived, the beautiful object, has conferred on it by the beholder a surfeit of aliveness: even if it is inanimate, it comes to be accorded a fragility and consequent level of protection normally reserved for the animate; if inanimate, like a poem, it may, by being memorized or read aloud to others, thereby be lent the aliveness of the person's own consciousness. (Scarry, 1999, p. 89)

Tanto la replicación como la preservación pueden surgir, por consiguiente, incluso cuando la persona que contempla tiene ante sus ojos el Arte de lo Feo. La simetría, que Elaine Scarry observa en el arte y también en la justicia cuando surge la relación entre las personas, conserva su importancia en una obra como la de Rouault: la asimetría de sus creaciones estéticas resalta la ausencia de algo, la inconclusión en las vidas humanas. El impacto sensorial ocasionado por tal ausencia guarda relación con las palabras de Elaine Scarry sobre la justicia y la belleza:

Even when beauty and justice are both in the world, beauty performs a special service because it is available to sensory perception in a way that justice (except in rare places like an assembly) normally is not, even though it is equally material and comes into being because of the fragility of the material world. By now we can begin to see that the equality of beauty, its pressure toward distribution, resides not just in its interior feature of symmetry but in its generously being present, widely present, to almost all people at almost all times – as in the mates that they choose to love, their children, the birds that fly through their garden, the songs they sing – a distributional availability that comes from its being external, present ('prae-sens'), standing before the senses. (1999, pp. 108-109)

El hecho de que la belleza —señalada por la autora incluso con ejemplos— y la miseria retratada por Rouault estén presentes en la vida humana realza una asimetría que no le parece cómoda a nadie. Las experiencias estéticas de la belleza (tanto de la que encanta como de la que espanta), es decir, la reacción de quienes la contemplan, tienden a la participación de la que se ha tratado aquí. Cuando se percibe una asimetría en la justicia y se intenta corregirla, significa que existe el reconocimiento de que otra persona sufre por esa injusticia.

É pelo fato de o homem ser pessoa, isto é, um ente espiritual, um ser inteiro, existindo em si e para si em ordem à sua plenitude, é por isso que, em um sentido insofismável, qualquer coisa pertence ao homem, é por isso que ele tem um *suum*

inviolável, um direito que ele pode exigir a todos, e que todos têm a obrigado de, pelo menos, não lesar. (Pieper, 2018, p. 72)

Las pinturas de Rouault conmueven porque en ellas hay personas; se podría pensar que son personas incompletas, no más que bosquejos de personas; pero tales bosquejos fueron creados con la intención de realzar el sufrimiento. Y eso es lo que más conmueve. Son sufrimientos posibles a los seres humanos que tuvieron vulnerado el *suum* de que habló Josef Pieper. Como se puede ver, también la asimetría retratada en el arte demanda la simetría pedida por Elaine Scarry. Aun cuando el arte no hace más que retratar el sufrimiento humano y la injusticia, por su propia característica sigue demandando una respuesta de quienes lo contemplan.

3. Método APAC y dignidad humana: un caso de subsidiariedad en los derechos sociales

La abreviación APAC significa Asociación de Protección y Asistencia a los Condenados. Dicha entidad fue fundada en el año de 1972 por el abogado Mário Ottoboni en la ciudad brasileña de São José dos Campos (ubicada en el estado de São Paulo). La APAC tiene por objetivo auxiliar el poder judicial en la ejecución penal y, para tanto, pone en práctica un método también denominado APAC, que consiste en doce fundamentos: 1) la participación de la comunidad; 2) el recuperando ayudando al recuperando¹; 3) el trabajo; 4) la asistencia jurídica; 5) espiritualidad; 6) la asistencia a la salud; 7) la valorización humana; 8) la familia; 9) el voluntario y su formación; 10) el Centro de Reintegración Social (CRS); 11) el mérito; 12) la Jornada de Liberación con Cristo. Tales fundamentos, siempre aplicados en conjunto en el método APAC, permiten que la entidad lleve a cabo su tarea de cumplir la Ley de Ejecución Penal brasileña. En ese sentido, Kildare Carvalho ha observado que la APAC se propone:

... punir, mas com total respeito à dignidade, para, sobretudo, restaurar o ser humano. Promover a valorização humana, e não a desvalorização. É preciso que o condenado pague pelo que fez. Que tenha a consciência do erro, de sua consequência e da responsabilidade para com a sociedade. Mas é preciso também que tenha sua autoestima devolvida, que tenha referências positivas, baseadas em valores sólidos e fraternos, de modo que deixe de enxergar na criminalidade sua única e inevitável possibilidade de existência. (2016, p. 14)

¹ En el método APAC, los condenados son denominados *recuperandos*.

El reconocimiento y la valorización de la dignidad humana es la base del método APAC, porque la entidad se ha originado después de la observación de su fundador acerca de la realidad del sistema penitenciario brasileño. La APAC no intenta convertir al criminal en víctima, sino que lo trata como persona: solamente ese tratamiento puede contribuir para el cumplimiento de lo que está dispuesto en el artículo primero de la Ley de Ejecución Penal brasileña: “A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”. En resumidas cuentas, la ejecución penal debe cumplir la sentencia (reparación ante la sociedad y, en lo posible, ante la víctima del delito) y, al mismo tiempo, preparar al condenado o internado para su reingreso en la sociedad.

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

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

Las palabras preparación y recuperación, en vez de ser eufemismos contra la ejecución de la pena, en realidad forman parte de su ejecución (conforme al ya mencionado artículo primero de la Ley de Ejecución Penal brasileña), puesto que es función de la ejecución penal también la preparación para el reingreso del condenado en la sociedad (una función a ser cumplida tanto en beneficio de la persona que cometió el crimen como de la sociedad). Para que eso sea posible, la dignidad humana debe ser respetada. Sin embargo, no es lo que viene ocurriendo en el sistema carcelario brasileño actualmente.

Em alguns ambientes prisionais, a situação é ainda mais grave. A qualquer hora do dia ou da noite, chegam presos bêbados, doentes, machucados, sujos, etc. Soma-se a tudo isso, a companhia dos insetos, dos ratos e das baratas, que saem dos esgotos à procura dos restos de alimentos. (Ferreira, 2017, p. 25)

La APAC ha surgido como un intento concreto de respuesta a tal problema. Ante la vulneración de los derechos de los presos, la Asociación propuso la valoración humana; ante el depósito de persona en cárceles con capacidades máximas ultrapasadas, propuso

unidades carcelarias menores y con pocos presos; ante el aislamiento de los presos en relación a sus localidades de origen y familia, propuso la participación de la comunidad y el apoyo de la familia; ante la ociosidad malsana del sistema carcelario, propuso el trabajo realizado como preparación para el reingreso en la sociedad y la laborterapia; ante la despersonalización de los presos tratados como números, propuso el tratamiento individualizado de los presos.

Em CRSs locais, com poucos presos, todos os recuperandos são chamados pelo nome, mas além disso, todos preservam sua individualidade; esse é o primeiro passo em direção à valorização do ser humano antes submetido ao sistema tradicional, que vulnera a individualidade dos detentos, homogeneizando-os. (Cachichi, 2019, p. 203)

La dignidad humana de los presos reivindicada por Mário Ottoboni y los demás fundados de la APAC es el sólido cimiento sobre el que se puede dar el cumplimiento de la pena. La experiencia de Ottoboni fue concreta: tras observar la realidad del sistema carcelario brasileño, decidió hacer algo. El contacto con el sufrimiento humano fue esencial para que naciera la APAC. Mário Ottoboni no tuvo una experiencia estética, pero percibió en la realidad una carencia que necesitaba ser suplida: los presos no salían mejores de la prisión y la sociedad seguía amedrentada.

Sólo el valor del hombre ‘en sí’ —no únicamente para los hombres— hace de su vida algo sagrado y confiere al concepto de dignidad esa dimensión ontológica sin la cual no puede pensarse siquiera lo que con ese concepto se quiere expresar. El concepto de dignidad significa algo sagrado. En última instancia, se trata de una idea metafísico-religiosa. Horkheimer y Adorno lo han visto muy bien al escribir que contra la muerte sólo habría propiamente un argumento religioso. Aunque no se trata por cierto de un argumento para la muerte, sino para la consideración religiosa de la realidad. Es un error todavía no superado pensar que se podría renunciar a la consideración de la realidad sin que con ello se escapen no pocas cosas a las cuales no es posible renunciar tan fácilmente. (Spaemann, 1988, p. 21)

La dignidad humana fue el fundamento a partir del cual se construyó la alternativa ofrecida por el método APAC para el cumplimiento de la pena criminal (no una alternativa a la Ley de Ejecución Penal en sí, sino al sistema carcelario tal y como existe en Brasil). Y también la dignidad humana es fundamento de los derechos sociales, que a su vez parten del reconocimiento de los derechos fundamentales inherentes a los seres humanos.

Los derechos sociales se integran a los derechos fundamentales porque contribuyen a la protección de la dignidad humana.

... podemos conceituar direitos sociais como o subsistema dos direitos fundamentais que, reconhecendo a existência de um segmento social economicamente vulnerável, busca, quer por meio da atribuição de direitos prestacionais, quer pela normatização e regulação das relações econômicas, ou ainda pela criação de instrumentos assecuratórios de tais direitos, atribuir a todos os benefícios da vida em sociedade. (Nunes Júnior, 2009, p. 70)

El papel de normativización, regulación de las relaciones económicas e incluso de instrumentos para asegurar los derechos sociales, es del Estado. La Constitución Federal de Brasil, del año 1988, en su artículo 6, lista (de modo ejemplificativo) algunos de los derechos sociales: “... a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”. Se puede percibir, tanto por el concepto de Nunes Júnior como por la lectura del artículo 6 de la Constitución brasileña, que los derechos sociales tratan de las relaciones y beneficios (económicos o no) de las personas en la vida social. Por ello, cuando invocados, lo son ante el Estado tomado como árbitro legítimo para la corrección (y también promoción) de los derechos sociales. El Estado garantiza los derechos sociales, los cuales tienen su centro en la persona (Nunes Júnior, 2009, p. 86).

Cuando los derechos sociales son considerados en su acepción más amplia, es decir, en la de consecratorios de los derechos fundamentales y de necesarios para la buena vida en sociedad, se nota que son necesarios para la propia vida digna del ser humano; o sea, la dignidad protege la inviolabilidad de cada persona, individualmente, pero también demanda la participación de la persona en la comunidad a la que pertenece para que pueda vivir. Tal es el sentido de la expresión bien común.

O bem comum resulta das condições exteriores que a sociedade deve proporcionar aos seus membros: a paz ou ‘tranquilidade da ordem’, como a define Santo Agostinho; a garantia dos direitos de cada um; os bens materiais necessários à própria subsistência, postos ao alcance de todos, etc. Mas a felicidade é obra pessoal de cada um de nós, resulta de nossos próprios esforços. A sociedade não pode reparti-la entre seus membros e nenhuma ‘previdência social’ pode assegurá-la para o futuro de cada indivíduo. (Souza, 1976, p. 15)

Tanto la definición como la advertencia de José Pedro Galvão de Souza son importantes porque, en la acepción del bien común, van incluidos los bienes colectivos e individuales o particulares. Sin embargo, la definición de bien común va más allá de la pura conjunción de bienes individuales porque consiste en la organización de los bienes particulares dirigidos a beneficiar a la sociedad como un todo. “A missão do Estado consiste nessa tarefa organizadora ou coordenadora” (Souza, 1976, p. 16). El bien común, como la misma dignidad humana, no tiene su origen en el Estado, pero puede ser garantizado por el Estado. En tal papel garantizador, el Estado valida los derechos sociales cuando son impedidos o infringidos previamente en la sociedad. La advertencia de José Soriano de Souza, según la cual “Erro fundamental em direito público é confundir a sociedade com o Estado” (Souza, 1893, p. 63), sigue siendo válida. La consecuencia de dicho error fue comentada por el mismo profesor:

Da confusão da sociedade com o Estado resulta necessariamente a absorção de todas as actividades dos cidadãos pelo despotismo governamental. Cumpre não esquecer nunca que o indivíduo é o foco principal da vida social, que o homem é o fim da sociedade, e que o Estado é o meio e serve de garantia ao desenvolvimento das faculdades naturaes do homem. (Souza, 1893, p. 63)

El Estado es un medio de organización de la comunidad política que debe garantizar el bien común y los derechos sociales de las personas que componen esa misma comunidad. “Fornece o Estado aos indivíduos e grupos os ‘subsídios’ de que precisam numa atividade que lhes é própria, originária e imediata” (Souza, 1976, p. 108). Tal enunciado corresponde al principio de subsidiariedad, según el cual el Estado debe actuar suplementariamente en caso de ausencia o anomalía con el intuito de proteger los miembros de la comunidad.

Desde a esfera da atividade individual até a das relações entre os Estados tem aplicação aquele princípio. Se o indivíduo pode fazer algo, é natural que o faça; se não, recorre à sociedade. O que é da família deve competir à família, o que é do município ao município, da província à província e, finalmente, o que diz respeito diretamente à coletividade nacional cai nas atribuições do Estado. Os grupos menores recorrem aos grupos maiores quando uma tarefa vai além dos limites do seu círculo de ação, ou quando precisam de ajuda mesmo dentro da sua alçada. (Souza, 1976, p. 112)

El principio de subsidiariedad y el comentario de José Pedro Galvão de Souza en la cita anterior no pueden ser confundidos con la perspectiva liberal del absentismo estatal,

puesto que el bien común (y los derechos sociales, comprendidos aquí en la esfera del bien común) abarca prestaciones positivas. “El individualismo exacerbado de las personas y los grupos hace absurda toda referencia a un bien común, pues asigna la prioridad a los bienes personales, ora individuales, ora sectoriales” (Maldonado, 2013, p. 97). El principio de la subsidiariedad indica que esas prestaciones positivas deben de proceder primero de la comunidad (de las personas, para decirlo más claramente) y, en caso de su imposibilidad (sea por incapacidad intrínseca o falta a ser redimida), por el Estado. “...pode haver deficiências oriundas de anomalias sociais. É o caso dos desempregados ou das famílias indigentes. Cabe ao Estado ministrar-lhes auxílio” (Souza, 1976, p. 112). Es importante comprender el principio de subsidiariedad porque, gracias a él, se percibe que los derechos sociales deben ser garantizados por toda la comunidad y no solamente por el Estado.

Se no meu país o Estado já assegura os mínimos sociais e os benefícios e prestações sociais são já de alcance significativo, porventura é a dimensão de defesa, de protecção, de garantia dos níveis de acesso existentes que assumem maior importância jurídica prática. Já se, noutro país, o Estado social for incipiente ou inexistente, é sobretudo a dimensão positiva e de promoção que adquire importância primeira. (Novais, 2016, p. 54)

No es menester que la expresión Estado social referida por el autor sea tomada en su sentido ideológico, sino más bien en el de la garantía que el Estado puede dar a los derechos sociales de los miembros de la comunidad (cuando de la imposibilidad de que ellos mismos lo logren sin la intervención estatal).

Esta aparente vuelta dada en la segunda sección del presente artículo fue intencional: era menester empezar por lo menos con la presentación del método APAC para que se pudiera entrar en los temas de la dignidad humana, derechos sociales y del principio de la subsidiariedad. Así se ha hecho porque era importante comprender primero la iniciativa del método APAC y su realización de la dignidad humana.

Cuando se enunciaron los doce fundamentos del método APAC se pudo notar que el primero de ellos es la participación de la comunidad. “Assim, a participação da comunidade, vale salientar, trata-se de elemento de tamanha importância; sem o qual, sequer cogitar-se de APAC, na comunidade, é possível” (Cachichi, 2019, p. 123). La APAC solo puede existir en una localidad cuando la propia comunidad la comprende, acepta y decide contribuir. Tanto son miembros de la comunidad los voluntarios como también los presos; en realidad, uno de los requisitos para que el preso abandone el

sistema carcelario actual e ingrese en la APAC es la pertenencia a la comunidad en que se ubica la APAC.

... uma das implicações desse elemento fundamental diz respeito ao movimento de criação da APAC que deve partir em princípio não daquelas autoridades dos órgãos da execução penal interessados em cumprir de modo eficaz o que determina a lei com custo reduzido, mas da própria comunidade que almejando a tais finalidades, conscientiza-se de que a constituição da APAC no seu seio produzirá bons resultados em prol da própria comunidade, em prol do ressocializando, em prol das próprias vítimas. (Cachichi, 2019, p. 123)

La toma de conciencia de la comunidad y la presentación del método APAC, de sus medios y objetivos, es el primer paso para la creación de la entidad de una localización específica. “Sem esse despertar da comunidade para a importância da APAC o projeto não pode ser implementado na localidade” (Cachichi, 2019, p. 125). La participación de la comunidad está prevista en el artículo 4 de la Ley de Ejecución Penal de Brasil: “O Estado deverá recorrer à cooperação da comunidade nas atividades de execução da pena e da medida de segurança”. Conforme ha dicho Mário Ottoboni, la participación de la comunidad “... é um dos fatores decisivos para o sucesso da preparação do preso para voltar ao seu convívio” (Ottoboni, 2001, p. 117). Y así lo es porque la comunidad en que se instalará la APAC será tanto la del preso como, posiblemente, la de la víctima de sus crímenes; semejante desafío con la realidad es esencial para el cumplimiento de la pena e incluso para la posibilidad de arrepentimiento del preso.

Até mesmo deve ser considerado que o próprio recuperando faz parte da comunidade que acolhe a APAC, uma vez que um dos requisitos para a transferência do preso à APAC é que ele tenha família na localidade. Assim, é um membro da própria comunidade que se estabelece como recuperando na APAC. Esse aspecto também é uma particularidade que faz com que a APAC se constitua praticamente 100% da própria comunidade. (Cachichi, 2019, p. 123)

La participación de la comunidad es, por lo tanto, imprescindible al método APAC. Una vez que se haya tomado conciencia de la importancia de contribuir para le ejecución penal, la iniciativa debe partir de la comunidad para que la APAC sea constituida en la localidad. La APAC, no obstante, no es prisión privada (Ottoboni, 2018, p. 56), sino que es una entidad aparcerera de la justicia y que se somete al juez de la ejecución penal

competente, a la inspección de la Fiscalía, de la Orden de los Abogados de Brasil y de los mismos miembros de la comunidad en que está insertada (Cachichi, 2019, p. 97).

La Constitución Federal de Brasil, en su artículo 144, dispone que “A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio ...”. La responsabilidad por la seguridad pública, uno de los derechos sociales enunciados en la Constitución, es al mismo tiempo derecho y responsabilidad de todas las personas. De tal manera, la contribución de la comunidad propuesta y llevada a cabo por el método APAC no impide el deber del Estado ni tampoco es contraria al texto constitucional. En realidad, la APAC es un ejemplo característico del principio de la subsidiariedad aplicado a los derechos sociales, puesto que hace que la iniciativa parta de la comunidad. Su ejemplo es aún más notorio porque actúa en un campo en el que el Estado tiene dificultades en hacer cumplir la Ley de Ejecución Penal.

El más notorio derecho social cuidado por la APAC en su ejercicio es el de la seguridad pública. Pero, además de ese, cuando son tomados los otros derechos sociales enunciados en el artículo 6 de la Constitución Federal brasileña, se puede percibir que, al erigir como base la dignidad humana, la APAC también intenta garantizar los derechos sociales del trabajo y de la educación, por ejemplo. José Pedro Galvão de Souza observa que la aplicación del principio de subsidiariedad puede darse en distintos casos.

1. insuficiência dos particulares em virtude da própria natureza da obra a realizar;
2. deficiência motivada por razões extrínsecas, geralmente provenientes de crises sociais, atingindo os grupos ou mesmo classes;
3. razões de segurança ou de independência, ou ainda outras em que está em jogo o interesse nacional. (1976, p. 113)

La APAC, cuyos doce fundamentos pueden ser encontrados en la Ley de Ejecución Penal brasileña, no pretende tomar el deber del Estado en la garantía de la seguridad, sino que busca darle conciencia a la población de que la responsabilidad por ese derecho social es de la comunidad como un todo. Lo que existe es una colaboración entre la comunidad (no se puede olvidar que el criminal también es miembro de la comunidad) y el Estado intermediada por la APAC. Elaine comenta que la “... symmetry across social relations is usually invisibly dispersed out over a large expanse but in rare and exceptional moments comes to be compressed down into a small enough space to be directly available to sensory perception” (Scarry, 1999, p. 106). Tal simetría es pretendida por el método APAC, ya que

su fundador percibió la asimetría existente entre lo que propone le ejecución penal y los malos resultados obtenidos concretamente.

Aquí se puede ver con más claridad la relación entre lo que se ha tratado de la experiencia estética, en la primera sección del artículo, y la experiencia de la propia APAC. La belleza de la misericordia fue buscada por la APAC desde su fundación.

Ficando apenas no cálculo daquilo que é devido, torna-se a vida comunitária fatalmente desumana. Que o justo pague o que não deve, é necessário, e antes de mais nada porque a injustiça é um fenômeno generalizado no mundo. Já que há homens privados dos seus direitos porque outros lhos retêm injustamente; já que isto é assim mesmo que um devedor não deixe de pagar uma dívida e deixe de haver um dever de justiça atribuível a alguém; e já que existem a aflição e a miséria humanas – por isso mesmo não deve o justo limitar-se a cumprir o seu dever estrito. Na verdade, como diz São Tomás, ‘a misericórdia sem justiça é fonte de dissolução’; mas não é menos verdade que ‘a justiça sem misericórdia é crueldade’. (Pieper, 2018, p. 140)

Al darse cuenta del problema concreto, de una específica desarmonía social, Mário Ottoni actuó —hizo algo más que su deber—. El resultado de su actitud fue el método APAC que, al considerar la dignidad humana, intentó darle alguna simetría a la ejecución penal y también se convirtió en ejemplo de aplicación del principio de subsidiariedad en los derechos sociales.

4. Asimetría e injusticia: la respuesta activa del contemplador

¿Por qué el derecho necesitaría de la filosofía, de la literatura o de las artes para enfrentar problemas que tal vez pudieran ser informados por campos del conocimiento (en apariencia) más exactos o precisos? Una respuesta sería la sensibilización. Sin embargo, conforme ha dicho Robert Weisberg (1989, pp. 17-18) en su crítica al proyecto humanista en la investigación de derecho y literatura, el profesional o investigador del derecho puede tomar en cuenta el sufrimiento humano cuando se acerca a él, sin la necesidad de intermediarios (Weisberg hablaba de la literatura, pero la crítica también podría ser aplicada a los ejemplos dados en esta investigación).

La crítica de Weisberg plantea una cuestión importante que necesita ser considerada a partir de la ética: ¿qué elementos son capaces de informar, sensibilizar y estructurar las decisiones humanas? Si el derecho —concretamente, las personas que legislan, aplican y reflexionan sobre el derecho— desconsiderasen la filosofía, la literatura o las artes

como puramente subjetivas, todavía podrán encontrar fundamentos en otros campos más específicos; dichos campos llevan, cuando son aplicados, premisas (ocultas o transparentes) acerca de la persona humana. En una narración artística —escrita o pictórica— aparecen elementos de la indeterminabilidad de la experiencia legislativa (Taxi, 2018, p. 147) y el investigador del derecho percibe entonces que, para intentar abarcar a la totalidad, es menester concentrarse menos en la totalidad abstracta que en el elemento del todo que aparece en una forma concreta (Nussbaum, 2010, p. 260). Es la forma captada la que trae un sentido inteligible para el intelecto práctico, sentido que a su vez expresa una visión de la vida y del ser humano (Nussbaum, 2010, p. 244).

La incomodidad provocada por la contemplación de las obras de Rouault no es repulsión, sino lástima por los pobres personajes allá retratados; su fatalidad inspira lástima porque el artista representa un sufrimiento callado. “Beauty seems to place requirements on us for attending to the aliveness or (in the case of objects) quasi-aliveness of our world, and for entering into its protection” (Scarry, 1999, p. 90). Paradójicamente, las pinturas trágicas de Rouault parecen más vivas para el espectador —y así demandan protección o por lo menos un respetuoso silencio— a causa del dolor sufrido sin quejumbre. La prostituta que se lamenta en uno de los cuadros lo hace sola, delante de un espejo pero no delante de los demás.

La analogía propuesta entre la belleza y la justicia —o, más específicamente, entre la fealdad y la injusticia— proporciona una nueva manera de mirar hacia los problemas humanos. No es una manera única ni se propone reemplazar a las demás (a la economía, a la sociología y a la psicología, por ejemplo), sino una manera que vuelve a poner en el debate el problema clásico de la belleza y su papel en la vida humana. Elaine Scarry, al discutir la belleza y la justicia en la sociedad contemporánea, ha saltado en sentido moderno (y subjetivista) de la belleza para rescatar tanto el sentido como la experiencia estética (objetiva) vividos por los clásicos; la belleza, como la justicia, demanda la armonización de las distintas partes en el todo.

Como se ha podido ver en el anterior apartado 3, la injusticia del sistema carcelario brasileño —aparte de las injusticias cometidas por aquellos que cumplen condenas penales legítimas— impide que sea cumplida la Ley de Ejecuciones Penales brasileña. Además de la obligación que tiene el Estado de cumplirla (algo que aquí, sin discutirlo, se ha tomado por supuesto), también la comunidad puede tener un papel importante en el cumplimiento de la sentencia penal. Pero decir comunidad todavía suena abstracto; hace falta una especificidad más: las personas que componen la comunidad. Mário Ottoboni y el método APAC son ejemplos de respuestas concretas —personales— a situaciones de injusticia o, para decirlo conforme la analogía planteada en este artículo, a situaciones

de desarmonía que demandan una actitud capaz de restablecer la armonía (o simetría) perdida.

5. Conclusión

La experiencia estética le permite a la persona abandonar su propio eje y darse cuenta de una realidad más grande, algo que está fuera de ella. La sensación de pertenencia advenida de dicha experiencia —tanto de la belleza como del desorden— demanda de la persona una respuesta. Por esa razón, Elaine Scarry (1999) ha comentado que la belleza engendra la belleza o, más precisamente, la belleza experimentada incita a la persona a replicarla: creando una nueva belleza o compartiendo con alguien la que ha podido ver. La analogía entre belleza y justicia, por lo tanto, permite plantear el problema de la justicia desde una perspectiva un poco diferente de la que se suele tratar.

Porque la experiencia estética también puede poner en relieve el desorden y la injusticia —la asimetría, en la expresión de Elaine Scarry—. El ejemplo de las pinturas de Georges Rouault fue importante para comprender cómo el arte puede percibir la desarmonía. Aunque el arte sea capaz de despertar a la persona para tal realidad, no es el único medio. En el segundo apartado del artículo, se ha podido notar cómo la experiencia concreta de Mário Ottoboni intentó tratar una desarmonía específica: la del actual sistema carcelario brasileño.

La experiencia de Mário Ottoboni, fundador de la APAC, y la experiencia estética forman una rica analogía. La persona puede hacer más de lo que se le exige cuando levanta los ojos para la vida concreta de sus prójimos y ve en ellos el sufrimiento; pero también es posible que la persona despierte para esa misma realidad cuando la encuentra simbolizada, exagerada quizá, en una construcción estética. Y la construcción estética, que inicialmente se podría imaginar como alejada del derecho, es también capaz de darle nuevas informaciones (informar también quiere decir dar una forma) al derecho con el objetivo de plantear determinados problemas desde un punto de vista todavía poco explorado.

Lo esencial es el despertar que exige respuesta. En su respuesta, la APAC puso en práctica algunos derechos sociales —el de la seguridad, notoriamente— partiendo desde abajo hacia arriba, es decir, de la comunidad al Estado, sin cuestionar la autoridad estatal. Esa contribución es un ejemplo de cómo, también en los derechos sociales, conserva su actualidad el principio de subsidiariedad.

El ejemplo concreto del método APAC, presentado una vez conocida y explicada la teoría de Elaine Scarry, ha permitido contestar afirmativamente a la pregunta planteada

como el problema de esta investigación: una teoría capaz de relacionar la belleza y la justicia (como la fealdad y la injusticia) puede contribuir tanto para el planteamiento de ciertos problemas jurídicos como para la comprensión de qué se entiende por justicia (darle a cada uno lo suyo) en una relación que, análogamente a la de la belleza, demanda simetría en su forma.

Referencias

- Beaupre, G. (2014). George Rouault, le Léon Bloy de la peinture. *Revue Catholique Internationale*, 39(4), 1-5.
- Cachichi, R. C. D. (2019). *Método APAC: O Humanismo como Caminho para a Ressocialização do Preso*. UNIVEM.
- Carvalho, K. (2016). Apresentação. En *Método APAC: sistematização de processos* (pp. 13-14). TJMG.
- Ferreira, V. A. (2017). *Juntando cacos, resgatando vidas: valorização humana – base do método APAC e a viagem ao mundo interior do prisioneiro – psicologia do preso*. O Lutador.
- Maldonado, A. O. (2013). Personalismo, libre desarrollo de la personalidad y disolución del bien común. En *El Bien Común: Cuestiones Actuales e Implicaciones Político-Jurídicas* (pp. 91-120). Itinerarios.
- Maritain, J. (1947). *Arte e Poesia*. Agir.
- Maritain, J. (1955). *La poesía y el arte*. Emecé.
- Novais, J. R. (2016). *Direitos Sociais: Teoria Jurídica dos Direitos Sociais Enquanto Direitos Fundamentais*. AAFDL.
- Nunes Júnior, V. S. (2009). *A Cidadania Social na Constituição de 1988*. Verbatim.
- Nussbaum, M. (2010). Perceptive Equilibrium: Literary Theory and Ethical Theory. En *A Companion to the Philosophy of Literature*. Blackwell.
- Ortega y Gasset, J. (1966). Ideas sobre la novela. En *Obras Completas de José Ortega y Gasset* (T. III). Revista de Occidente.
- Ottoboni, M. (2001). *Ninguém é irrecuperável: APAC: a revolução do sistema penitenciário*. Cidade Nova.
- Ottoboni, M. (2004). *Seja solução, não vítima!: justiça restaurativa, uma abordagem inovadora*. Cidade Nova.
- Ottoboni, M. (2018). *Vamos matar o criminoso?: método APAC*. O Lutador.

- Pieper, J. (2018). *Virtudes Fundamentais*. Cultor de Livros.
- Scarry, E. (1999). *On Beauty and Being Just*. Princeton University Press.
- Souza, J. P. G. (1976). *Iniciação à Teoria do Estado*. Revista dos Tribunais.
- Souza, J. S. (1893). *Princípios Geraes de Direito Público e Constitucional*. Empreza da Província.
- Spaemann, R. (1988). Sobre el concepto de la dignidad humana. *Revista Persona y Derecho*, (19), 13-33. <https://revistas.unav.edu/index.php/persona-y-derecho/article/view/32580/27945>
- Stevens, W. (1951). *The Necessary Angel: Essays on Reality and the Imagination*. Alfred A. Knopf.
- Suassuna, A. (2008). *Iniciação à Estética*. José Olympio.
- Taxi, R. A. D. (2018). Kafka e o Elemento Mítico da Lei Moderna: Um Estudo a partir da Leitura de Peter Fitzpatrick. *ANAMORPHOSIS – Revista Internacional de Direito e Literatura*, 4(1), 139-157. <https://periodicos.rdl.org.br/anamps/article/view/415>
- Weisberg, R. (1989). The Law-Literature Enterprise. *Yale Journal of Law & the Humanities*, 1(1), 1-67.



PESCA DE ANCHOVETA (*ENGRAULIS RINGENS*) EN TALLA PROHIBIDA: LAGUNA DE IMPUNIDAD O INEXIGIBILIDAD DE CONDUCTA

*Jorge Luis Trigo Rodríguez**

Fiscalía Provincial Especializada en Materia Ambiental de Ica
cellarius_jt@hotmail.com

*Alfredo Edgardo Rojas Bedregal***

Fiscalía Provincial de Prevención del Delito con Competencia en Materia Ambiental de Ilo
alfredorojas_j_b@yahoo.es

Resumen: La anchoveta es de suma importancia en la conservación del ecosistema marino. Consideramos que su extracción en talla prohibida afecta gravemente su conservación. Su extracción en el ordenamiento jurídico nacional peruano se encuentra regulada en el campo administrativo y penal con obligaciones al titular del permiso de pesca así como responsabilidades. Por tal razón, se analizó la problemática existente para la determinación de la responsabilidad penal en hechos de extracción de anchoveta en talla prohibida, así como de reparación y/o restauración del recurso frente al daño ambiental ocasionado. Finalmente, planteamos algunas propuestas orientadas a la implementación de instrumentos tecnológicos idóneos para evitar la captura en talla prohibida.

Palabras clave: Anchoveta, *Engraulis ringens*, pesca, talla prohibida (juvenil), impunidad.

ANCHOVETA (*ENGRAULIS RINGENS*) FISHING IN PROHIBITED SIZE: LAKE OF IMPUNITY OR INEXIGIBILITY OF CONDUCT

Abstract: The anchoveta is of utmost importance in the conservation of the marine ecosystem. We consider that its extraction at a prohibited size seriously affects its conservation.

Its extraction in the Peruvian national legal system is regulated in the administrative and criminal field with obligations to the holder of the fishing permit as well as responsibilities. Therefore, the existing problems for the determination of the criminal responsibility in

* Fiscal Provincial de la Fiscalía Provincial Especializada en Materia Ambiental de Ica (Perú).

** Fiscal Provincial de la Fiscalía Provincial de Prevención del Delito con Competencia en Materia Ambiental de Ilo (Perú).

facts of anchoveta extraction in prohibited size as well as the reparation and/or restoration of the resource in the face of the environmental damage caused were analyzed. Finally, we propose some proposals for the implementation of suitable technological instruments to avoid catching anchovies of prohibited size are proposed.

Keywords: Fishing, Prohibited size (juvenile), Impunity.

1. Introducción

La extracción de un recurso hidrobiológico en talla prohibida afecta gravemente la conservación del mismo, ello en razón de que no se permite su reproducción que resulta de vital importancia para su conservación. En el caso de la anchoveta, al ser la base de la cadena alimenticia de muchas otras especies marinas e incluso aves, consideramos que resulta doblemente importante su conservación.

Así, el ordenamiento penal peruano establece como delito contra los recursos naturales la extracción ilegal de especies acuáticas en el Art 308-B del Código Penal sancionando al que extrae especies de flora o fauna acuática en tallas prohibidas. No obstante ello, el Estado, con fines de conservación, viene reglamentando la extracción del recurso anchoveta imponiendo la obligación a todo titular de permiso de pesca de comunicar la captura en tallas menores. Ello con la finalidad de eliminar la práctica del descarte en el mar, así como obtener información oportuna para tomar decisiones de suspensión de la actividad extractiva en las zonas donde precisamente se advierta incidencia de tallas prohibida.

Frente a ello, surge la interrogante de si es suficiente y apropiada dicha medida desde la óptica de los principios preventivos del derecho ambiental y qué sucede con la responsabilidad penal o administrativa, sobre todo con las acciones de remediación o restauración del recurso, acciones de recuperación o restauración necesarias frente a hechos que podrían estar afectando su conservación como es su extracción en talla prohibida.

2. La problemática que enfrentan las fiscalías frente a la extracción en talla prohibida del recurso anchoveta

Existe una alta incidencia de casos que se vienen ventilando en las Fiscalías Especializadas en Materia Ambiental y Prevención del Delito con competencia ambiental costeras del Perú, relacionados a la extracción ilegal de especies de producto hidrobiológico anchoveta en estado juvenil (talla prohibida). Dichos casos tienen que ver con empresas pesqueras propietarias de embarcaciones industriales a gran escala; y desde

nuestra experiencia como fiscales ambientales, podemos sostener que como están dadas las obligaciones de los administrados pesqueros y como se presentan nuestras normas administrativas que regulan dicha actividad, hay muy poco margen de reprochabilidad penal y civil en las actuaciones desplegadas por dichas empresas en sus actividades relacionadas a la extracción de recurso marino en tallas juveniles, y ante lo cual podamos atribuir o exigir responsabilidad penal o civil a sus representantes, patrones y tripulantes de las embarcaciones.

Para muestra, tenemos que entre los años 2019 a 2020, solo en la Fiscalías Especializadas en Materia Ambiental con Sede Ica, se han ventilado veinte (20) investigaciones cuya parte fáctica se simplifica en

Producto de la ejecución del programa de vigilancia y control de las actividades pesqueras y acuícolas en el ámbito nacional, se realizó una inspección de las embarcaciones pesqueras de gran escala, obteniendo como resultado del muestreo biométrico del producto hidrobiológico Anchoqueta contenidas en sus bodegas, se constató que la embarcación descargó una cantidad de toneladas del recurso hidrobiológico de los cuales un alto porcentaje fueron ejemplares juveniles, excediéndose la tolerancia establecida (20%) según reporte de cala en porcentaje de ejemplares en tallas menores presentada por la empresa pesquera supervisada; por lo que se apertura procedimiento administrativo contra el representante de la Empresa Pesquera y contra el patrón de la embarcación pesquera, por incurrir en la conducta infractora tipificada en el numeral 6) del artículo 134 del reglamento de la ley General de Pesca, aprobado mediante Decreto Supremo N.º 012-2001-PE y sus modificaciones vigentes a la fecha de los hechos.

Los hechos señalados en el párrafo precedente, los podemos subsumir en el tipo penal prescrito en el artículo 308. B del Código Penal —Extracción Ilegal de Especies Acuáticas—,¹ cuya conducta típica consiste en extraer especies de fauna acuática en tallas que son prohibidas. Y considerando que se trata de una ley penal en blanco, debemos remitirnos a los insumos normativos administrativos en materia pesquera para completar el supuesto de hecho de la norma prohibitiva y subsumir los hechos en la norma penal acotada, por lo que se anota lo siguiente:

¹ Art. 308-B.- Extracción Ilegal de Especies Acuáticas.

El que extrae especies de flora y fauna acuáticas en épocas, cantidades, talla y zona que son prohibidas o vedadas, o captura especies sin contar con el respectivo permiso o excede el límite de captura por embarcación asignada por la autoridad administrativa competente y la ley de la metería, o lo hace excediendo el mismo o utiliza explosivos, medios químicos u otros métodos prohibidos o declarados ilícitos, será reprimido con pena privativa de libertad no menor tres años ni mayor de cinco años.

- En concordancia con el artículo 66 de la Constitución Política del Perú, el Decreto Ley N. 25977, Ley General de Pesca en su artículo 2, establece que son patrimonio de la nación los recursos hidrobiológico contenidos en las aguas jurisdiccionales del Perú. Por tanto, corresponde al Estado regular el manejo integral y la explotación racional de dichos recursos, considerando que la actividad pesquera es de interés nacional. En tanto en el artículo 77 de la misma ley se señala que constituye infracción toda acción u omisión que contravenga o incumpla alguna de las normas contenidas en ella, en su Reglamento o demás disposiciones sobre la metería.
- El Decreto Supremo N. 12-2001/PE —Reglamento de la Ley General de Pesca— en su artículo 134.1 prescribe como infracción el exceder los porcentajes establecidos de captura de ejemplares en tallas menores a las contempladas para cada recurso hidrobiológico y los de captura de la fauna acompañante. En ese sentido el Ministerio de la Producción mediante Resolución Ministerial 209-2001-PRODUCE, aprobó la relación de tallas mínimas de captura y de tolerancia máxima de ejemplares juveniles de principales peces marinos e invertebrados, y en su anexo N. 01 estableció que la talla mínima de captura para juveniles de anchoveta es de 12 cm.
- Asimismo, el inciso 6 del artículo 134 del Decreto Supremo N. 009-2013-PRODUCE, prescribe que

Constituyen infracciones administrativas en las actividades pesqueras ... 6.- Extraer, descargar, procesar, comercializar, transportar y/o almacenar recursos hidrobiológicos declarados en veda; así como la utilización de dichos recursos en la preparación y expendio de alimentos; o extraer recursos hidrobiológicos en zonas de pesca que hayan sido suspendidas preventivamente por el Ministerio de Producción; o exceder los porcentajes establecidos o los porcentajes de captura de ejemplares en tallas y pesos menores a los establecidos o los porcentajes de captura de las especies asociadas o dependientes.²

Es decir que se cometerá infracción cuando la pesca incidental de ejemplares juveniles, siempre que excede al 10% de la tolerancia permitida. En su artículo 03 del mismo Decreto Supremo, establece la obligación de

² Modificado por el Decreto Supremo N. 009-2013-PRODUCE del 31 de octubre de 2013, se modificó el reglamento de la Ley General de Pesca y el Texto Único Ordenado del Reglamento de Inspecciones y Sanciones Pesqueras y Acuícolas (RISPAC), a efectos de disminuir la captura de ejemplares en tallas o pesos menores a los autorizados.

comunicar presencia de juveniles y pesca incidental, prescribiendo lo siguiente:

Los titulares de los permisos de pesca de las embarcaciones están obligados a informar al Ministerio de Producción, según el procedimiento correspondiente, la zona en la que se hubiera extraído ejemplares en tallas o pesos menores, o especies asociadas o dependientes a la que es materia de permiso de pesca, superando los porcentajes de tolerancia máxima. Para tal efecto, serán de aplicación, los porcentajes de la tolerancia máxima de captura incidental de especies asociadas dependientes fijadas por el Ministerio de Producción. Si el titular del permiso de pesca cumple con lo previsto en el numeral anterior, podrá descargar hasta el 10 % adicional sobre el porcentaje de tolerancia máxima de extracción de ejemplares en tallas o pesos menores a los permitidos, sin ser sancionado siempre que la comunicación la realice antes de la declaración de suspensión preventiva de las actividades extractivas en la zona que realice el Ministerio de la Producción².

- En la Resolución Directoral N. 12-2014-PRODUCE/DGSF que aprueba la Directiva N. 14-2014-PRODUCE/DGSF, estableció el procedimiento para que los titulares de los permisos de pesca de las embarcaciones informen al Ministerio de Producción la zona en la que se hubiera extraído ejemplares en tallas o pesos menores superando los porcentajes de tolerancia máxima, a fin de obtener el beneficio de descargar de hasta un 10 % adicional sobre el porcentaje de tolerancia máxima de extracción de ejemplares en tallas o pesos menores a los permitidos sin ser sancionados. Para ello el Formato de Reporte de Cala deber ser entregado hasta antes del inicio de la descarga.³

En cumplimiento del criterio de objetividad, en el 95% de las investigaciones abiertas por el delito de Extracción Ilegal de Especies Acuáticas, prescrita y sancionada en el artículo 308 del Código Penal, los fiscales ambientales obtienen de manera recurrente los siguientes elementos objetivos:

- Resolución Ministerial en donde se autorizó inicios de temporadas de pesca del recurso hidrobiológico anchoveta en la zona y fechas indicadas en la resolución, las que culminan una vez alcanzada el Límite Máximo Total

³ Directiva N. 014-2014-PRODUCE/DGSF.

6.3.- El formato de Reporte de Calas debe ser entregado al inspector encargado del muestreo biométrico antes al inicio de la descarga, para que la tolerancia adicional sea considerada, antes de realizarse el muestreo biométrico.

de Captura Permisible, o en su defecto, no podrá exceder del 31 de enero de 2016. (verbigracia: Resolución Ministerial N. 369-2015-PRODUCE, publicado el 04.11.2015). Dicha autorización es base a los estudios científicos realizados y alcanzados por IMARPE en donde establece las zonas de pesca, cantidad y estado de cardumen, etc.).

- Permisos de pesca otorgadas a las embarcaciones de gran escala que utilizando artes de pesca (redes) permitidas realizan sus labores de pescas en las zonas autorizadas, pero extraen gran cantidad de producto anchoveta en tallas menores.
- Informes de la autoridad administrativa competente (PRODUCE) en donde comunica que, no ha aprobado normas, directivas o reglamentos donde se regule el accionar de los pescadores y/o armadores pesqueros para evitar la extracción de recursos hidrobiológicos en tallas menores o juveniles, toda vez que dichas acciones responden a los medios técnicos o conocimientos empírico que tienen los mismos pescadores para evitar la captura de estas especies en su estado juvenil (verbigracia Informe N. 00067-2019-2019-PRODUCE/DSF-PA-).
- Información Técnica Sobre la Posibilidad de Identificar Juveniles del Recurso Anchoveta recabado del Instituto del Mar Peruano (IMARPE) se establece que, durante las operaciones de pesca, antes de la maniobra de cobrado o levantado de la red (es decir, tendido de la red en el mar), en este proceso, no existía un método o tecnología que pueda determinar con exactitud la talla de los ejemplares que componen el cardumen, y en el caso de ser juveniles, el capitán o patrón decide liberarlos; aun así, dicha situación seria irreversible, dado que la probabilidad de supervivencia de la especie es muy escasa debido al daño físico ocasionado por el rozamiento en las mallas y de estrés generado por la perturbación del propio proceso de captura de una red de cerco.
- Testimoniales de pescadores (armadores, patrones, tripulantes) con años de experiencia en la actividad de pesca, que argumentan que no existe técnica, método o conocimientos empíricos que les permitan detectar si el cardumen de recurso hidrobiológico detectado por eco-zondas, contiene peces de tallas menores o juveniles; debiendo muchas veces levantar su primera cala con gran cantidad de anchoveta en tallas no permitidas,

sobrepasando de esta manera el porcentaje de tolerancia permitida por las autoridades.

- Oficio N. DE-100-033-96-PE/IMP6 del 26.01.1966 que señalaba:

Durante la faena de pesca de las embarcaciones pesqueras: es posible descubrir la presencia de peladillas en la captura, antes de recoger el 30% del paño, puesto que ésta se amalla a la red y al recogerla se observa fácilmente, Se deduce que, en esta instancia, la mortalidad es relativamente baja y soltar la garetta para que el recurso quede libre, contribuiría significativamente a la sostenibilidad del recurso, razón por la cual los armadores pesqueros sí se encuentran en la posibilidad de evitar extraer dichos ejemplares.

Argumento que hasta la actualidad es utilizado por el Consejo Nacional de Apelaciones del Ministerio de la Producción para sancionar a los administrados infractores.

A todo lo manifestado habría que añadir que la pesca del recurso anchoveta en el litoral peruano se da durante dos periodos al año y la malla o aparejo legalmente establecido para su extracción es de redes de cerco con tamaño mínimo de malla de ½ pulgada (13 milímetros) de lo que debemos entender que es la medida apropiada para que el recurso juvenil pueda transitar libremente sin ser capturado. La pregunta que surge inmediatamente es porque se tiene entonces alta incidencia de talla juvenil.

Finalmente y frente al daño ya ocasionado por la extracción del recurso en talla menor cuales son las acciones más apropiadas a tomar para una verdadera reparación del daño.

En cuanto a la reparación civil implica la reparación del daño y la indemnización de los perjuicios materiales y morales, y está en función de las consecuencias directas y necesarias que el delito generó en la víctima; que 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.

RESTITUCIÓN DEL BIEN (ART. 93.1 CP.)

- De conformidad con el artículo 93 del Código Penal la reparación civil compren-

de: a) La restitución del bien o si no es posible el pago de su valor; y b) La indemnización de los daños y perjuicios.

- En el presente caso, atendiendo a la naturaleza del daño causado y de conformidad con la Ley general del medio ambiente en su artículo IX del Título Preliminar — sobre el principio de responsabilidad ambiental— establece:

El causante de la degradación del ambiente y de sus componentes, sea una persona natural o jurídica, pública o privada, está *obligado a adoptar inexcusablemente las medidas para su restauración, rehabilitación o reparación según corresponda o, cuando lo anterior no fuera posible, a compensar en términos ambientales los daños generados*, sin perjuicio de otras responsabilidades administrativas, civiles o penales a que hubiera lugar. (las cursivas son nuestras)

- Así también el Artículo 142.- del mismo cuerpo legal que establece
... la responsabilidad por daños ambientales 142.1 Aquél que mediante el uso o aprovechamiento de un bien o en el ejercicio de una actividad pueda producir un daño al ambiente, a la calidad de vida de las personas, a la salud humana o al patrimonio, está obligado a asumir los costos que se deriven de las medidas de prevención y mitigación de daño, así como los relativos a la vigilancia y monitoreo de la actividad y de las medidas de prevención y mitigación adoptadas ...

- Y el Artículo 147.- de citada norma que establece

De la reparación del daño – *La reparación del daño ambiental consiste en el restablecimiento de la situación anterior al hecho lesivo al ambiente o sus componentes*, y de la indemnización económica del mismo, De no ser técnica ni materialmente posible el restablecimiento, el juez deberá prever la realización de otras tareas de composición o mejoramiento del ambiente o de los elementos afectados ... (las cursivas son nuestras)

3. Análisis

Uno de los puntos clave a la hora de diseñar un sistema legal de imputación de responsabilidad penal para las empresas es definir el sistema de imputación sobre el cual se fundamenta. Una primera opción es determinar la responsabilidad penal de la empresa como consecuencia del delito cometido por sus dependientes o representantes. Desde otra perspectiva, se sostiene que solamente puede sancionarse a la empresa con el derecho penal si esta organizó defectuosamente su actividad. Es decir, uno de los interrogantes

fundamentales que presenta la implementación práctica de la responsabilidad penal de las empresas es determinar si se trata de una responsabilidad accesoria —cuyo fundamento radica en la sanción penal que recaiga sobre sus directivos—, o si, por el contrario, la sanción a la empresa puede fundamentarse con independencia de un reproche judicial concreto a la persona física que actuó en su nombre, representación o beneficio (Anllo, 2019, p. 105).

Ahora, es importante tener en cuenta que el reproche judicial penal debe estar necesariamente ligado a los presupuestos de previsibilidad y exigibilidad como elementos de la imputación personal directamente relacionados con la motivación y sus límites, pues de los que se trata es que el operador jurídico dé solución a casos en los que no es factible exigir al sujeto que evite crear un riesgo jurídicamente prohibido por la norma penal.

Si el autor tuvo razones para pensar en la antijuricidad, tendrá que cerciorarse respecto del significado jurídico de su conducta. Los medios señalados en la doctrina como idóneos para despejar la incógnita a este respecto son la autorregulación y la información en una fuente jurídica confiable. “Ambos han sido señalados por la citada sentencia del BGHSt, en la que – como se vio- se dijo que un sujeto responsable debe despejar las dudas sobre la antijuricidad mediante autorreflexión o información” (Bacigalupo, 1998, p. 433).

Como se puede advertir, a nivel del reproche penal a la persona individual o física se torna necesario un análisis de previsibilidad y exigibilidad de conducta, así como de reprochabilidad o culpabilidad, pues frente a dichos elementos objetivos recurrentes en las investigaciones fiscales por extracción o captura a gran escala de anchoveta en talla prohibida (juvenil), cabría plantear las siguientes interrogantes: ¿Existen instrumentos técnicos objetivos o tecnológicos que permitan identificar el tamaño del recurso anchoveta antes de levantar la cala? ¿Existe una norma administrativa que obligue a las empresas pesqueras a contar en sus embarcaciones con instrumentos tecnológicos que permitan identificar el tamaño del recurso hidrobiológicos antes de ser extraídos? ¿Qué cantidad de toneladas de recursos hidrobiológicos puede ser extraída en una sola cala? ¿El patrón que cumple con usar artes de pesca permitidas y realiza su actividad con autorización en las zonas indicadas y autorizadas por la autoridad competente, será responsable por sobrepasar el porcentaje de juveniles tolerado de producto hidrobiológico? ¿Más allá de la responsabilidad objetiva, y en base de la responsabilidad empresarial ambiental, serán responsables las empresas pesqueras por no adoptar medidas tecnológicas sofisticadas que detecten no solo el volumen sino también el tamaño del recurso hidrobiológico anchoveta? ¿La no regulación de la utilización de instrumentos tecnológicos que detecten la talla del cardumen anchoveta crea una laguna de impunidad en los casos de extracción ilegal de anchoveta?

4. Conclusiones

En ese orden de ideas, consideramos las siguientes medidas preventivas y compensatorias al daño causado por la extracción ilegal del recurso hidrobiológico anchoveta:

- La obligación por parte de las empresas y personas naturales que realicen actividades de extracción de recurso hidrobiológico anchoveta, de contar con instrumentos tecnológicos idóneos que detecte la talla del cardumen. Ello sin perjuicio del control a la medida de los aparejos utilizados, debiendo considerarse reformular su medida de ser necesario con fines de evitar la incidencia en tallas menores del recurso hidrobiológico anchoveta.
- La medida ideal, compensatoria frente al daño sería un repoblamiento del recurso no obstante ello en la actualidad no se tiene estudios en el Instituto del Mar del Perú (IMARPE), por tal razón los montos de reparación podrían por lo menos en un 50% abonarse al IMARPE para estudios orientados a tal fin y estudios que establezcan las medidas idóneas de repoblamiento, así como el perfeccionamiento de instrumentos selectivos de pesca que impida extraer recurso anchoveta en talla juvenil.
- Se requiere tomar medidas legislativas orientadas a la prevención, conservación y restauración del recurso anchoveta fundamentalmente la prevención ello teniendo en cuenta que existen daños que pueden resultar irreversibles y paralelamente a ello la creación de instancias que supervisen adecuadamente su cumplimiento.

Referencias

- Anllo, L. (2019). *Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas, Programas de Integridad (compliance)*. Editorial Hammurabi.
- Bacigalupo, E. (1998). *Derecho Penal Parte General* (2.^a ed.). Editorial Hammurabi.
- Código Penal Peruano. (1991). Decreto Legislativo 635. Promulgado el 03 de abril de publicado el 08 de abril del mismo año. [https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con2_uibd.nsf/771198DA8AB8D48A052577BD006EABC3/\\$FILE/DLeg_635.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con2_uibd.nsf/771198DA8AB8D48A052577BD006EABC3/$FILE/DLeg_635.pdf)
- Ministerio de la Producción. (2014). Resolución Directoral N. 12-2014-PRODUCE/DGSF. <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/128939/RD%20529-2017-PRODUCE-DGS.pdf.pdf>

- Presidencia de la República. (1992). Ley general de Pesca y su reglamento Decreto Ley N. 25977. <https://www.senace.gob.pe/wp-content/uploads/2016/10/NAS-4-8-01-D-LEY-25977.pdf>
- Presidencia de la República. (2001). Decreto Supremo N. 012-2001-PE. https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/418473/Decreto_Supremo_N%C2%BA_012-2001-PE.pdf?v=1573142303
- Presidencia de la República. (2013). Decreto Supremo N. 009-2013-PRODUCE del 31 de Diciembre del 2013 modifica el reglamento de la ley de Pesca. <https://www.senace.gob.pe/wp-content/uploads/filebase/senacenormativa/NAS-4-8-02-DS-012-2001-PE.pdf>



CRITERIOS DEL ARRAIGO EN LA EVALUACIÓN DEL PELIGRO DE FUGA EN LA PRISIÓN PREVENTIVA EN EL PROCESO PENAL PERUANO

*Everth Gonzales Concha**
Universidad Nacional Federico Villarreal

everthgonzales6@gmail.com

<https://orcid.org/0009-0003-2460-5899>

Resumen: La prisión preventiva es; hoy en día una de las instituciones procesales más cuestionadas, debido a que se viene considerando por cierto sector como una pena anticipada, por la diversidad de criterios para su solicitud y la diferente interpretación que les dan a los requisitos para su cumplimiento. Ello se une una justa indignación de la ciudadanía de la actuación del sistema de justicia, a quien le viene reclamando eficacia y eficiencia, por los innumerables problemas y deficiencias que ha presentado durante décadas, de allí la importancia que los conocedores del sistema y del proceso penal fijen criterios en temas que se relacionan con el bien jurídico más trascendental como es la libertad personal.

Se identifica una exigencia rigurosa del arraigo en sus diferentes modalidades, alejados de parámetros flexibles o apertura de otros parámetros que favorezcan al investigado.

Palabras clave: Prisión preventiva, derechos fundamentales, peligro de fuga, proceso penal peruano, otras alternativas de sanción punitiva.

CRITERIA OF ARRANGEMENT IN THE EVALUATION OF THE DANGER OF FLAY IN PREVENTIVE PRISON IN THE PERUVIAN CRIMINAL PROCESS

Abstract: Pretrial detention is today one of the most questioned procedural institutions, because it has been considered by a certain sector as an early sentence, due to the diversity of criteria for its request and the different interpretation given to the requirements for

* Doctor en Derecho por la Escuela de Post Grado de la Universidad Nacional Federico Villarreal del Perú. Magister en Derecho con mención en Aduanas por la Escuela de Post Grado de la Universidad Nacional Federico Villarreal del Perú. Abogado por la Universidad Inca Garcilaso de la Vega del Perú. Docente contratado por la Universidad Católica Sedes Sapientiae (UCSS), ex docente de la Universidad Católica Los Ángeles de Chimbote (ULADECH), Universidad San Pedro (USP).

its compliance, to this is added a just indignation of the citizens of the actions of the justice system, to whom it has been demanding effectiveness and efficiency, due to the innumerable problems and deficiencies that it has presented for decades, hence the importance, that the connoisseurs of the criminal system and process, set criteria on issues that are related to the most transcendental legal good, such as personal freedom.

A rigorous requirement of rooting is identified in its different modalities, far from flexible parameters, or opening of other parameters that favor the researcher.

Keywords: Preventive Detention, Fundamental Rights, Flight Risk, Peruvian Criminal Process, Other Alternatives for Punitive Sanctions.

Base legal

Artículo 2.24 de la Constitución de 1993, señala, todos los peruanos tenemos el derecho a la libertad y seguridad personal.

Artículo 268 del código adjetivo penal, precisó tres presupuestos materiales para el otorgamiento de la prisión preventiva.

Artículo 269 del Código Procesal Penal, precisa los presupuestos para la calificación del peligro de fuga.

Artículo 269 del Código Procesal Penal, señala los presupuestos para calificar el peligro de fuga.

1. Introducción

Una de las instituciones más polémicas y objeto de una constante crítica es la prisión preventiva, que trae en colación diversos aspectos en discusión. Como precisó Peña (2020), la prisión preventiva no puede perseguir los fines del derecho penal material, sino solamente los objetivos del procedimiento y de la ejecución porque, para legitimación de la prisión preventiva, se deriva de tales intereses de aseguramiento.

En un proceso penal incoado, en determinados casos el Fiscal, en su solicitud de prisión preventiva, lo realizará tanto en el sustento oral como el requerimiento escrito, una debida motivación, respecto de cada uno de los presupuestos materiales. Esto es referente a los señalados en el artículo 268 del código adjetivo punitivo, los elementos de convicción graves, que ameritan la solicitud de esta medida, como es el real peligro procesal, una pena que sea superior a los 4 años. A ello se adiciona que el Ministerio

Público, presente una debida motivación en torno a la proporcionalidad de dicha medida y cuánto va a durar dicha medida cautelar.

Como resaltó Tapia (2021), el Ministerio Público, tiene que sustentar, que la solicitud de prisión preventiva es necesaria, porque puede peligrar el proceso, hay indicios de fuga o perjuicio al proceso judicial por parte del imputado, es idónea, esto es que la medida solicitada corresponde concederla porque los medios probatorios que sustentan la medida son fehacientes e indubitables. Adicionamos a lo señalado por el autor, lo resaltado por Usuriaga (2022), que esta medida tiene que ser proporcional, acorde al daño o la magnitud realizado por la persona imputada y que las pruebas demuestran dicha realidad. El Ministerio Público, lamentablemente no incluye las otras medidas coercitivas del sistema penal peruano, menos graves o que ponen en peligro el derecho más preciado de la persona, como es el derecho a la libertad, como es el caso de la detención domiciliaria, multa entre otras medidas.

No es osado afirmar que, en la realidad jurisdiccional peruana, la judicatura, desde hace buen tiempo impone penas y sanciones, en forma rigurosa, a solicitud del Ministerio Público. Como resaltó Alfaro (2019), la población ante la cruda realidad de la inseguridad ciudadana, y su expresión en todas sus modalidades, ha venido expresando la insatisfacción, reclamando a sus representantes y ello ha redundado en los bajos niveles de confianza al funcionario público, que solo da respuestas de sobre criminalización de los comportamientos y mayor rigurosidad en los procesos o procedimientos en torno a dichos delitos, ahora como resaltó Churata (2018), ello no puede ser sustento para la búsqueda de la aplicación de mecanismos punitivos, que no están siendo sustentado en base a lo señalado por la ley o a los principios rectores del Código Procesal Penal, sino en otros intereses y motivaciones.

En este contexto, el Ministerio Público, en la evaluación del peligro de fuga, se contemplan diversos presupuestos y entre ellos, el más utilizado, complejo y problematizado es el arraigo en el país del imputado, la doctrina, jurisprudencia y los tribunales han desarrollado, diversos criterios en torno a los arraigos en sus diferentes modalidades: familiar, laboral, domicilio, siendo imperativo y necesario, que el investigado, acredite o demuestre un lugar donde permanece o que se encuentra relacionado siempre en función a las personas y cosas.

Surgen entonces diversas interrogantes, siendo la principal: ¿Cuáles son los criterios del arraigo en la evaluación del peligro de fuga en la prisión preventiva en el proceso penal peruano? Otras interrogantes serían las siguientes: ¿el investigado tiene la obligación de

comprobar los arraigos? ¿Es solo el representante del Ministerio Público, quien tiene la responsabilidad de la acreditación de los arraigos del investigado?

Se desprende entonces que existe un problema, en torno a la forma de evaluación de los criterios del arraigo; sin embargo, este no es el único problema, hay otros como los graves y fundados elementos de convicción, la pena probable a imponerse y el peligro de perturbación de la actividad probatoria.

Respecto a los elementos de convicción, como resaltó Campos (2022), se originan como una leve sospecha de la comisión de un delito en la investigación preliminar, puede convertirse en elemento de prueba. Dichos elementos también pueden ser graves y fundados, como sustento para imponer prisión preventiva, como lo señaló el Acuerdo Plenario 01-2019, en el fundamento jurídico 14, cuando resaltó “sospecha fuerte”. Respecto a la probable pena a imponerse como precisó Peña (2020), es una sanción punitiva, que se impone como consecuencia de una decisión jurisdiccional, donde se autoriza a las afirmaciones fácticas que construyen la teoría de la incriminación de la fiscalía.

La investigación se justifica por la disputa en torno al arraigo en sus diferentes formas, porque cada vez más exigen criterios para resolver esta medida drástica, entendiendo que es un trabajo del investigado y no del fiscal. En la esfera metodológica, siguiendo el paradigma socio crítica, es una investigación cualitativa, porque va a revisar las tesis, revistas indexadas, pronunciamientos jurisdiccionales que se han pronunciado sobre el tema.

2. La controvertida prisión preventiva

La inseguridad ciudadana es un problema que atañe a todos los peruanos. Incremento criminal ha rebasado toda expectativa, los porcentajes son más elevados, las políticas públicas en torno a la problemática cada vez se vuelven ineficaces y se sigue ensayando diversas estrategias. Hay una posición, que cada vez tiene más adeptos, la cual alienta poner mayor rigurosidad en relación con las penas y a los procedimientos. Advirtiéndose en diferentes procesos, la práctica en la era inquisitivo como también en el proceso inmediato, prisión preventiva, entre otros. Al respecto resaltó Zapata (2021), los legisladores han encontrado como solución la rigurosidad en el sistema o sobre criminalización de las penas y la severidad en la aplicación de la ley, quieren que la criminalidad tenga temor o se doblegue ante un sistema punitivo muy severo, siendo otras las dimensiones del problema, ya conocidos por todos. En opinión de Quilca (2021), estos son la educación, familia, solución de los problemas sociales, políticas públicas en

torno al infractor, mejores oportunidades de trabajo y un sin número de indicadores que cambiaron la realidad del país y de determinados jóvenes, que desde muy temprana edad ingresan al mundo de la criminalidad.

Tema trascendental es la presión que ejerce la población a sus autoridades y ello también se ve reflejado en los medios de comunicación, que, en forma cotidiana, presentan los sicariatos, feminicidios, parricidios, robos y la realidad de la criminalidad que asecha hoy en día, en el Perú. Al respecto resaltó Torres (2020), ellos también ejercen una presión mediática para la severidad de las penas y los procedimientos siendouno de ellos la prisión preventiva.

La prisión preventiva es concebida como un mecanismo restrictivo de la libertad de personas que se tiene la sospecha que ha cometido un delito. Lamentablemente se viene aplicando en forma común. Los pedidos de prisión preventiva, por el Ministerio Público cada vez son más elevados, y son aceptados por la judicatura, evidenciándose que se deja de lado la utilización de medidas menos gravosas y otras alternativas como la detención domiciliaria, el grillete electrónico y la caución entre otros.

3. La evaluación del peligro de fuga

La Prisión Preventiva tiene como presupuesto imperativo o una causa trascendental para aplicarla, la presencia de peligro de fuga por parte del investigado o de obstaculización al proceso. Conforme a la Casación N. 1445-2018, del 11 de abril del 2019, es una medida que tiene las siguientes características: Es una medida excepcional, provisional, subsidiaria. Cuando se realiza el juicio de ponderación se debe tener en cuenta, el peligro inminente de riesgo de fuga, esto es querer sustraerse, del accionar de la justicia, hay que observar la intensidad de este accionar.

No se puede sustentar un peligro de fuga por simples especulaciones o criterios abstractos. Tiene que existir un riesgo de fuga de sustracción a la acción de justicia en forma evidente. La Casación N. 1445-2018, ha sido bienenfática al precisar, que el estándar para determinar el *fumus comissi delicti*, es la justificación de la presencia de medios probatorios suficientes a disposición del imputado para perpetrar la fuga.

Es trascendental la labor que vienen realizando los jueces supremos, a través de los pronunciamientos jurisprudenciales. Como señala De la Jara (2013), al respecto:

Existe una controversia entre la normatividad que limitan la aplicación de la prisión preventiva a supuestos graves y excepcionales contra la práctica fiscal

y judicial de solicitar y conceder la medida extraordinaria de prisión preventiva, respectivamente en casos que no plantean todos los criterios materiales que exige la norma. Si hay una discusión en torno al peligro procesal, donde se solicita la prisión preventiva y se sostiene un peligro de fuga, el Ministerio Público, tiene la obligación de explicar y sustentar, porque no se puede aplicar un impedimento de salida del país o a ponerse a disposición de la judicatura cada 15 días.

Es común que se impute al procesado o a los procesados que pueden tener una influencia en el proceso, a través de la influencia en testigos o peritos, o ser autor o cómplice de la destrucción de los medios probatorios, modificarlos o suprimirlos. En este caso estricto el Ministerio Público debe motivar debidamente su petitorio, además; deberá explicar porque no aplicaría otro tipo de restricciones a la libertad o derechos del imputado.

4. El arraigo

El arraigo es la sujeción de una persona a un determinado lugar, o que la persona está sujeta, ya sea con alguien o con algo. El Recurso de Casación N. 50-2020/Tacna, sentencia del 3 de mayo del 2021, define al arraigo como el establecimiento de un ciudadano en un lugar por su relación con otras personas o cosas. La falta de arraigo no genera por sí mismo un peligro de fuga, pero sí permite presumirlo cuando se presenta una combinación entre la gravedad del ilícito y otros factores relevantes.

El arraigo es muy importante porque demuestra cómo está relacionado el sujeto a determinado lugar, donde están sus recuerdos, crecimiento y sus familiares, o se ha establecido con su familia. En la esfera penal es muy trascendental porque, ante la amenaza de la privación de la libertad personal, por estar inmerso en un supuesto ilícito, por más severa que sea, ello no infunda temor, a tal punto de alejarse de su lugar de residencia y también del proceso que está inmerso. Como resaltó Reynaldi (2019), es un requisito *sine qua non* de los postulados del arraigo, los cuales deben estar presentes en el proceso, a excepción de la sujeción por caución o la imposición de determinadas restricciones a la libertad de actuación.

Los criterios del arraigo tienen como objeto de análisis los parámetros cualitativos, esto significa que se debe medir la calidad del arraigo, como son los lazos interpersonales, la residencia habitual, las actividades que realiza una persona, entre otros, los que nos van

a permitir un diagnóstico favorable de sujeción, de tal forma que la existencia del proceso penal no provoque un ánimo de alejarse.

5. Los diferentes tipos de arraigo: domiciliario, laboral, familiar

El arraigo domiciliario, se refiere al lugar donde reside el imputado, es su hogar o es un lugar conocido, donde cuando se le quiera ubicar pueda hacerse, puede ser que resida en calidad de posesión o de propietario. Este arraigo tiene que demostrarse. Por ejemplo, a través de los bienes, ya sea muebles o inmuebles, que posee y que le generan vínculo como es una vivienda donde es titular de la propiedad o si tiene vehículos.

El Tribunal Constitucional en el Expediente N. 00864-2021-PHC/TC, se pronunció sobre un caso de desarraigo domiciliario por convivir en el tercer piso de una casa en donde viven sus padres y familiares. Se argumentó que se justifica la imposición de la prisión preventiva porque se consideró que, si bien tiene arraigo, este no es de calidad, porque si bien reside en el tercer nivel y vive con sus padres y familiares, nada lo ata al inmueble, y no impediría que se retire del inmueble.

Respecto del arraigo laboral, se refiere a la relación de trabajo, que ejerza ya sea este un trabajo dependiente o independiente, si es un oficio, el que ejerce o un negocio que ejerza. Cuanto, es lo que percibe por su trabajo, si su actividad laboral sustenta adecuadamente su familia, o tiene problemas o crisis. Si tiene un trabajo en el extranjero, si viaja constantemente. La informalidad laboral es un problema y una realidad en el país, que muchas veces va a influenciar al juez, porque no se determina el arraigo laboral.

El arraigo familiar está referido a las relaciones familiares que posee en el país. Para ello el juez va a analizar el lazo que lo une a su familia, si depende o es independiente de ella, si el destino como imputado en el proceso puede afectar la situación económica de la familia, o la imposición de una medida privativa de libertad puede afectar, por ejemplo, las necesidades que tiene con sus menores hijos de acuerdo con la edad de estos. Siendo en este caso el Ministerio Público deberá exigir documentos como la partida de nacimiento de los hijos, declaración jurada de la esposa o conviviente, documento de identidad de los padres, entre otros.

La Casación N°531-2015, del 21 de diciembre del 2015, los arraigos del país, también puede valorarse desde los lazos familiares, que el imputado mantiene en el exterior, más aún si es extranjero, situación que le permitirá abandonar el país, y refugiarse en su lugar de origen, cuando advierte riesgo para sí.

Otros tipos de arraigos que pueden ser considerados son los siguientes: arraigo de índole política, religioso, estudiantil, empresarial, comunitario, territorial, matrimonial, ocupacional, crediticio, ideológico, migratorio, negocios, club deportivo, sentimental, matrimonial o por influencias.

6. Metodología

En el ámbito metodológico fue un estudio de enfoque cualitativo. Investigación que tiene su fundamento en las evidencias, donde prevalece la observación y descripción del fenómeno, la técnica utilizada fue la entrevista y el instrumento la guía de entrevista, interrogantes en torno a los cuestionamientos más resaltantes, pero sobre todo de los tipos de arraigo. A ello se adiciona el método de la triangulación, esto es, el análisis del trabajo de campo, documentos seleccionados y la observación del investigador, donde se ha realizado la discusión de la investigación de dicha labor analítica y se determinó plantear las conclusiones y recomendaciones.

7. Resultados

Siendo una investigación cualitativa, y habiéndose seleccionado la técnica de la entrevista, se tuvo una muestra de 10 profesionales, donde se destacan las siguientes respuestas: las respuestas ante las interrogantes han sido variadas, todos coinciden que los criterios utilizados o exigidos cada vez son más rigurosos, con exigencias, casi difíciles de cumplir, donde se hace una exigencia que no corresponde de acuerdo a ley, esto es, que el investigado a través de documentos u otros medios probatorios demuestre su arraigo en sus diferentes modalidades. A la opinión del fiscal Dennis Vega, la norma procesal no exige que sea el investigado que demuestra, la consistencia de los arraigos en sus diferentes modalidades, sino que es el Ministerio Público, es quien tiene que demostrar esta acreditación con presupuestos veraces.

Por otro lado, tenemos la opinión del fiscal Agustín López, los parámetros están establecidos, y es al fiscal a quien corresponde la responsabilidad de esta acreditación, de ello no hay duda, pero se exige la presentación de documentación que sostenga tal arraigo al investigado.

Para el abogado Vera Lujan, sin lugar a duda los parámetros de exigencia del arraigo en sus diferentes esferas, se ha convertido en un complejo de exigencias casi inflexibles, no teniendo en cuenta la realidad social de la sociedad y de los investigados.

Sobre la existencia de una debida motivación en el sustento del arraigo domiciliario, o de las otras modalidades del arraigo, los entrevistados han respondido que no vienen aplicando una debida motivación. Estrictamente en el arraigo, los jueces y fiscales tienen serias deficiencias cuando hacen su análisis de dicho criterio, hay contradicciones en los que unos ven como elemento para evadir la justicia y otros que no lo hay.

8. Discusión

En un Estado constitucional es trascendental el respeto de los derechos fundamentales, sobre todo una real tutela de las garantías que tiene toda persona inmersa en un proceso ya sea como imputado y como víctima. Por ello, la aplicación de los diferentes mecanismos procesales tiene que respetar las diversas garantías que regula la Constitución, que ha recepcionado dichas normas rectoras de los tratados de protección de los derechos fundamentales.

Sobre la prisión preventiva, las opiniones, criterios y análisis son diversos, en todos ellos se lleva a la conclusión, que muchas veces se utiliza como una pena adelantada, que no se respetan los criterios que señala la norma procesal, como es su naturaleza excepcional, se viene aplicando, como ejemplo, bajo la presión mediática y popular que exige al Estado políticas más rigurosas porque se cree que la rigurosidad de las penas, de la suspensión de los beneficios procesales, mecanismos más expeditivos, para sancionar al imputado, muchas veces no se toman en cuenta determinados derechos fundamentales.

Para la evaluación del peligro de fuga, en la mayoría de las veces, se utilizan criterios subjetivos, pero también existen elementos objetivos porque, como precisa la norma, tiene que existir un riesgo concreto. Decisión que termina a cargo del juez, este va a determinar su decisión a través de los elementos de convicción que se haya presentado, en toda esta esfera, va a primar la discrecionalidad del juez. Esta prevalencia va a implicar que no se aplica solo la norma, o los elementos de convicción, sino se aplican otros elementos que influyen en la decisión del juez, aunque muchos quieran negarlo, como resaltara Encina (2021), los otros elementos que se presentan son la presión mediática, el reproche social del delito, la reputación del juez, en base a sus decisiones.

El juez tiene un rol preponderante. Como lo señala la Constitución y la norma procesal, tiene que aplicar la ley, pero no puede ser siempre un mero aplicador, en el actual sistema de administración de justicia, los jueces tienen un determinado margen de discrecionalidad al momento de pronunciarse respecto al proceso. Por ello, van a evaluar la calidad del arraigo, acorde a los documentos que le presenten, evalúan la intensidad de calidad del arraigo.

El fiscal muchas veces, cuando solicita la prisión preventiva, lo hace con diferentes argumentos, algunos de los cuales no tienen solvencia y otros donde sí la tiene (para poderse escapar, que tiene movimientos migratorios y que puede utilizar para salir de la sanción punitiva que corresponde o la justicia). Observamos contradicciones si el imputado tiene bienes, casa, vehículos u otros bienes, con lo que demuestra que son bienes que lo atan al país. Ahora se observó que estas condiciones que acredita el arraigo pueden servir también para que este arraigo se desvirtúe, porque ello puede hacer pensar al juez que esta solvencia pecuniaria demostrada puede servir para argumentar que tiene solvencia económica para poder evadir la justicia, si a ello le sumamos la gravedad del ilícito y prognosis de pena, podría sustentar una posible evasión de la justicia.

De las diferentes investigaciones, coincidimos con las investigaciones de Churata (2018), Podesta (2019), Tapia (2021) y Villacorta (2022). La lectura actual de las resoluciones de finales del 2022., se puede resaltar sobre los grandes problemas que se muestran en una indebida motivación del arraigo domiciliario, y es la percepción de las personas entrevistadas. Hay diferentes criterios, que no coadyuvan a definir presupuestos objetivos para determinar el arraigo.

Se ha observado que no se tiene en cuenta la aplicación del principio de excepcionalidad, esto es, que las medidas solo se deben aplicar exclusivamente en determinados casos exclusivos que tenga la necesidad, y que una medida en la esfera judicial se aplica acorde de la normatividad y si este se refiere a la aplicación de una medida cautelar, este será como último recurso, en el caso del principio de variabilidad, porque la prisión preventiva tiene una naturaleza temporal, por lo tanto, debe ser menos rigurosa o perjudicial que la privación de la libertad.

9. Conclusiones

1. La criminalidad en el Perú se ha desbordado, y a pesar de las diversas estrategias desplegadas, el índice no disminuye, en la esfera normativa se han realizado diversos esfuerzos, uno de ellos es la prisión preventiva. Lamentablemente, se viene aplicando en forma común, siendo una medida excepcional y se viene privando de libertad a muchos investigados pudiendo utilizar las otras alternativas de coerción procesal como la multa, arresto domiciliario y entre otros.
2. La prisión preventiva, para su aplicación, tienen presupuestos materiales que han sido bien definidos. Como es, la excepcionalidad, y no como viene utilizando diferentes jurisdicciones en estos últimos años en el Perú. La finalidad de

esta medida debe ser aplicado solo en la esfera procesal, que este enfocada en evitar la fuga o que obstaculice el proceso, y debe ser necesaria y proporcional. Ahora el peligro de fuga es el criterio más utilizado y obviamente el que causa la afectación constitucional personal, lógicamente a los sujetos procesales que cumplen con los presupuestos materiales.

3. La norma procesal señala los presupuestos para la evolución del peligro de fuga, siendo el más trascendental, el arraigo en sus diferentes modalidades. Además, la norma también indica cómo se evaluará el arraigo, pero en la realidad, el juez evalúa dichos criterios debido a otros elementos como son la presión de los medios de comunicación. La presión de la sociedad y la respuesta que quiere dar el sistema a una población que cuestiona su actuación, deslegitiman la naturaleza excepcional de la prisión preventiva.
4. El principal problema encontrado en torno de la emisión de resoluciones de prisión preventiva es la falta de motivación referente al arraigo. Se observa que tiene diferentes criterios. La valoración de los elementos de convicción para un juez tiene un criterio, como en lo referente a que posee bienes que lo atan a su lugar de origen y no va a evadir la justicia, otro que, si no tiene bienes, por esta carencia evadirá la justicia.
5. Se ha sostenido en el quehacer judicial, o así lo han manifestado fiscales y jueces, quién debe demostrar el arraigo, con medios probatorios convincentes, fehacientes e indubitables, es el imputado. Ello no corresponde con lo que claramente precisa el Código Procesal Penal, la Prisión Preventiva es solicitada por el Ministerio Público, por lo tanto, le corresponde sustentar con documentos probatorios, la falta del arraigo, para que el juez resuelva la causa, su trabajo analítico y determine si corresponde, o no, otorgar la medida solicitada por el Ministerio Público.

10. Recomendaciones

1. Se recomienda a la administración de justicia el pronunciamiento de un Acuerdo Plenario o un protocolo donde se actué en forma conjunta entre el Poder Judicial, Ministerio Público, Defensa Pública y Defensa Privada en torno al arraigo como presupuesto para determinar el peligro de fuga en la legislación peruana. Precisar criterios en cada una de las modalidades del arraigo, no solo los principales como el arraigo domiciliario, familiar y laboral, sino los otros arraigos que la práctica judicial ha desarrollado.

2. Se recomienda a la administración de justicia que debe quedar establecido que la judicatura debe evaluar la documentación presentada por el Ministerio Público, pero los criterios que deben utilizarse deben ser flexibles, y utilizar los otros mecanismos que tiene el derecho procesal penal.
3. Se debe desterrar la posición discriminatoria que solo el investigado que tiene bienes muebles o inmuebles, puede acreditar tener fuertes lazos con el lugar donde habita, porque las personas que no tienen bienes demuestran mayor peligro de fuga.
4. Se debe intensificar un trabajo de capacitación en torno de los criterios de arraigo, sobre todo la aplicación de los principios de excepcionalidad, o el principio de temporalidad, así como el respeto de los derechos fundamentales, donde se pueda establecer de manera correcta la aplicación de la prisión preventiva.
5. El caso del arraigo familiar se debe tener en cuenta el estado civil del imputado, por ejemplo si está casado. Ello se va a demostrar con la partida de matrimonio, o en el caso de convivencia con el certificado correspondiente, si no con la partida de nacimiento de los hijos. En el caso de soltería, deberá demostrar la identificación de los padres, con quien domicilia, o con quien vive actualmente.
6. Respecto del arraigo laboral, se acepta que se acredite que el trabajo sea dentro del país, no puede haber distinción en tratarse de un trabajo dependiente o independiente. Se debe asegurar que se tenga una remuneración digna, verificar si el sueldo es acorde al modo de vida que lleva, no acepta una persona que tengan una remuneración limitada y viva con signos de riqueza o lujo.

REFERENCIAS

- Acuerdo Plenario 1-2019/CIJ-116. (2019). Corte Suprema de Justicia de la República. XI Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales y Permanentes, Transitoria y Especial. https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/bf08098049835a56a0caf49026c349a4/Acuerdo_Plenario_1_2019_CIJ_116_Prisi%C3%B3n_preventiva_Presupuesto_requisito..pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=bf08098049835a56a0caf49026c349a4
- Alfaro, N. (2019). *La prisión preventiva y su afectación a la presunción de inocencia* [Trabajo Académico para optar el título de Segunda Especialidad en Derecho

- Procesal, Pontificia Universidad Católica del Perú]. https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/16811/ALFARO_TINAJEROS_NILS_PAVELS%20%282%29.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Campos, E. (2022). ¿Cuáles son los graves y fundados elementos de convicción en una investigación criminal? *Pasión por el derecho*. <https://lpderecho.pe/cuales-graves-fundados-elementos-conviccion-investigacion-criminal-edhin-campos/>
- Churata, M. (2018). Arbitrariedad en los mandatos de prisión preventiva y su aplicación como regla general en los juzgados de Investigación preparatoria de la provincia de San Román Juliaca. Puno. https://alicia.concytec.gob.pe/vufind/Record/RNAP_45b3c8fea300f516fe81bcf64790da29/Description#tabnav
- De la Jara, E. (2013). *La prisión preventiva en el Perú: ¿medida cautelar o pena anticipada?* Instituto de Defensa Legal. https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasportales/op_20131108_01.pdf
- Encina, E. (2021). La paradoja del arraigo en la prisión preventiva. *Revista Enfoque y Derecho*. <https://www.enfoquederecho.com/2021/02/01/la-paradoja-del-arraigo-en-la-prision-preventiva/>
- Peña, A. (2020). *La prisión preventiva en el marco de la política criminal de «seguridad ciudadana»: sus presupuestos de aplicación conforme la ley N. 30076 Ministerio Público*. https://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/3970_prision_preventiva_alonso_pena.pdf
- Podesta, M. (2019). *Debida motivación del arraigo en el país para determinar la prisión preventiva en la sala de apelaciones de Chanchamayo 2016-2017* [Tesis de grado, Universidad Peruana de los Andes]. Repositorio institucional UPLA. <https://repositorio.upla.edu.pe/handle/20.500.12848/1932>
- Quilca, R. (2021). *La valoración de la calidad del arraigo en el dictado de medidas de prisión preventiva, en los juzgados de investigación preparatoria de la ciudad de Huancayo, 2018* [Tesis para de grado, Universidad Peruana delos Andes]. Repositorio institucional UPLA. <https://repositorio.upla.edu.pe/handle/20.500.12848/4577>
- Reynaldi, C. (2019). Fiscal ensaya 18 tipos de arraigo de sujeción en la prisión preventiva. *Revista Pasión por el derecho*. <https://lpderecho.pe/fiscal-ensaya-18-tipos-de-arraigo-de-sujecion-en-la-prision-preventiva/#:~:text=Arraigar%20implica%20la%20sujeci%C3%B3n%20de,y%20con%20ello%20del%20proceso.>
- Tapia, M. (2021). *La prisión preventiva en el derecho penal peruano y el plazorazonable en su aplicación en el distrito judicial de Lambayeque* [Tesis de grado, Universidad Señor de Sipán]. Repositorio Institucional USS. <https://repositorio.uss.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12802/8556/Tapia%20Alarc%C3%B3n%20Manu->

el%20Aguinaldo.pdf?sequence

=1&isAllowed=y

- Usuriaga, R. (2022). *Arraigo en el país y prisión preventiva en Perú* [Tesis de grado, Universidad Peruana las Américas]. Repositorio de la Universidad Peruana de Las Américas. <http://repositorio.ulasamericas.edu.pe/handle/upa/2582>
- Villacorta, W. (2022). *Estándar probatorio del arraigo en las decisiones sobre prisión preventiva en la Sala Penal Especial, 2019-2021* [Tesis de maestría, Universidad César Vallejo]. Repositorio de la Universidad César Vallejo. <https://repositorio.uvc.edu.pe/handle/20.500.12692/84955?show=full>
- Zapata, J. (2021). *La prisión preventiva vulnera la presunción de inocencia en casos de corrupción de funcionarios en juzgados de investigación preparatoria nacional-Lima* [Tesis de grado, Universidad Señor de Sipán]. Repositorio Institucional USS. <https://repositorio.uss.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12802/10628/Zapata%20Vite%20Jose.pdf?sequence=1&isAllowed=y>



EL DERECHO A LA VERDAD Y SU IMPACTO EN LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN LOS DELITOS DE LESA HUMANIDAD

*Everth Gonzales Concha**
Universidad Nacional Federico Villarreal
everthgonzales6@gmail.com

Resumen: Existe una problemática que data de décadas anteriores, pero que todavía no tiene solución. Los problemas en torno a las víctimas que dejó el conflicto interno en los años ochenta y noventa. Quienes; a la fecha siguen reclamando justicia, con ubicar el paradero de sus familiares y sobre todo que se individualice a los responsables. En diferentes países se ha venido utilizando una institución o una norma rectora que ha traído beneficios para dar respuesta a lo mencionado anteriormente como es el derecho a la verdad. El cual, a través de su aplicación, busca una solución eficaz a la problemática, siendo el problema principal: ¿cuál es la relación entre la garantía del derecho a la verdad de las víctimas y la responsabilidad del Estado en los delitos de lesa humanidad en el Perú? De allí que se haya planteado una respuesta ante esta premisa a través del supuesto general: la garantía del derecho a la verdad de las víctimas incide en el acceso a la información gubernamental y un verdadero plan de búsqueda de las víctimas de lesa humanidad en el Perú, así como una objetiva responsabilidad del Estado en los delitos de lesa humanidad. Supuesto sustentado en la observación del investigador, doctrina nacional e internacional, pronunciamientos jurisdiccionales y los resultados del trabajo de campo. En el presente artículo buscamos recomendar incluir una ley que quiebre el hermetismo del Estado sobre la información clasificada de los policías y militares que intervinieron en dichos delitos, un plan de búsqueda real con el apoyo de la ciencia y tecnología. En el ámbito metodológico, la investigación tiene un enfoque cualitativo, de nivel correlacional, se utilizó la entrevista y la técnica de la guía de entrevista.

Palabras clave: Derechos fundamentales, derecho a la verdad, responsabilidad del Estado, conflicto interno, delitos de lesa humanidad.

* Doctor en Derecho por la Escuela de Post Grado de la Universidad Nacional Federico Villarreal del Perú. Magister en Derecho con mención en Aduanas por la Escuela de Post Grado de la Universidad Nacional Federico Villarreal del Perú. Abogado por la Universidad Inca Garcilaso de la Vega del Perú. Docente contratado por la Universidad Católica Sedes Sapientiae (UCSS), ex docente de la Universidad Católica Los Ángeles de Chimbote (ULADECH), Universidad San Pedro (USP).

THE RIGHT TO THE TRUTH AND ITS IMPACT ON THE STATE'S RESPONSIBILITY FOR CRIMES AGAINST HUMANITY

Summary: There is a problem that dates back decades, but still has no solution. The problems surrounding the victims left by the internal conflict in the eighties and nineties. Who is it; To date, they continue to demand justice, to locate the whereabouts of their relatives and, above all, to identify those responsible. In different countries, an institution or a governing norm has been used that has brought benefits to respond to what was mentioned above, such as the right to the truth. Which, through its application, seeks an effective solution to the problem, the main problem being: what is the relationship between the guarantee of the victims' right to the truth and the responsibility of the State in crimes against humanity in Peru? Hence, a response to this premise has been proposed through the general assumption: the guarantee of the victims' right to the truth affects access to government information and a true search plan for victims of crimes against humanity in Peru. , as well as an objective responsibility of the State in crimes against humanity. Assumption supported by the researcher's observation, national and international doctrine, jurisdictional pronouncements and the results of field work. In this article we seek to recommend including a law that breaks the secrecy of the State on the classified information of the police and military who intervened in said crimes, a real search plan with the support of science and technology. In the methodological field, the research has a qualitative approach, at a correlational level, the interview and the interview guide technique were used.

Keywords: Fundamental rights, right to the truth, State responsibility, internal conflict, crimes against humanity.

1. Introducción

Los derechos humanos son garantizados por estar plasmados en la Constitución, donde son considerados básicos en el régimen político que se funda. La Constitución peruana en su contenido reconoce una serie de derechos fundamentales, como resaltó Aquino (2017) dichos derechos han sido plasmados a través de una reserva de ley, que ha sido expedida por el parlamento. Derechos como el debido proceso y los demás principios que lo conforman, como la presunción de inocencia, derechos de defensa, derecho a la contradicción de la prueba, etc.

Los derechos fundamentales son aquellos que, dentro de la normatividad, tienen una posición privilegiada en cuanto a la garantía de protección, son derechos limitados en forma especial y temporal y su denominación da respuesta a una característica trascendental

del sistema jurídico. Dichos derechos son objeto de una compleja evolución, cada cierto tiempo han sido reconocidos en los convenios y tratados, asimismo, como resaltaron Valarezo et al. (2019), a dichos derechos se le ha implementado instrumentos idóneos para el cumplimiento de sus postulados.

Una realidad en la historia moderna de muchos países de la región, como el Perú, es la vulneración de los derechos fundamentales, que se presentó en época de conflicto interno, como en Colombia en el enfrentamiento con los guerrilleros de las (FARC-EP) o las autodefensas, y en el Perú, en la lucha contra el terrorismo, por un comportamiento doloso y de mala fe de ciertos servidores del Estado como operadores jurídicos, policías, militares en los años ochenta a noventa. Como resaltó Ruiz (2019), el Estado lamentablemente en algunos casos fue parte o intervino en los crímenes que cometieron con el objetivo de la pacificación del país.

En esta etapa se cometieron diversos delitos que después fueron considerados como crímenes contra la humanidad o de lesa humanidad, regulados en la esfera internacional por el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, donde observamos diversas conductas tipificadas como esterilización forzada, desplazamiento forzoso o deportación, asesinato, violación, prostitución forzada, persecución por diversas causas, como políticos, religiosos, étnicos, ideológicos, tortura, y desaparición forzada. Siendo en este caso resalto Díaz (2021), todos los comportamientos descritos tienen un elemento común como es el hacer, causar sufrimiento o dolor y dañen la salud y la integridad física y que sea parte de un ataque sistemático contra civiles o militares y que se tenga conocimiento de dicho ataque.

Se cometieron una serie de vulneraciones de derechos fundamentales, específicamente contra la humanidad, como torturas y desapariciones forzadas, en base a esta temática a pesar de la emisión de normas y algunas estrategias acertadas, pero aún no se ha logrado dar una solución real tanto para los desaparecidos ni para las víctimas colaterales como son los familiares que siguen buscando a sus deudos. Conforme a la presente investigación, no se ha aplicado el denominado derecho a la verdad, de allí que el objetivo principal fue: determinar cuál es la relación entre la garantía del derecho a la verdad de las víctimas y la responsabilidad del Estado en los delitos de lesa humanidad en el Perú. Como objetivo secundario fue precisar cuál es la relación entre la verificación de los hechos, difusión pública y completa de la verdad y los mecanismos de impunidad, hermetismo y falta de colaboración, para determinar la responsabilidad del Estado en los delitos de lesa humanidad. A la respuesta del objetivo general se ha planteado el supuesto general: la garantía del derecho a la verdad de las víctimas incide en el acceso a la información

gubernamental y un verdadero plan de búsqueda de las víctimas de lesa humanidad en el Perú, así como una objetiva responsabilidad del Estado en los delitos de lesa humanidad.

2. El Perú, país que tutela los derechos fundamentales de los ciudadanos

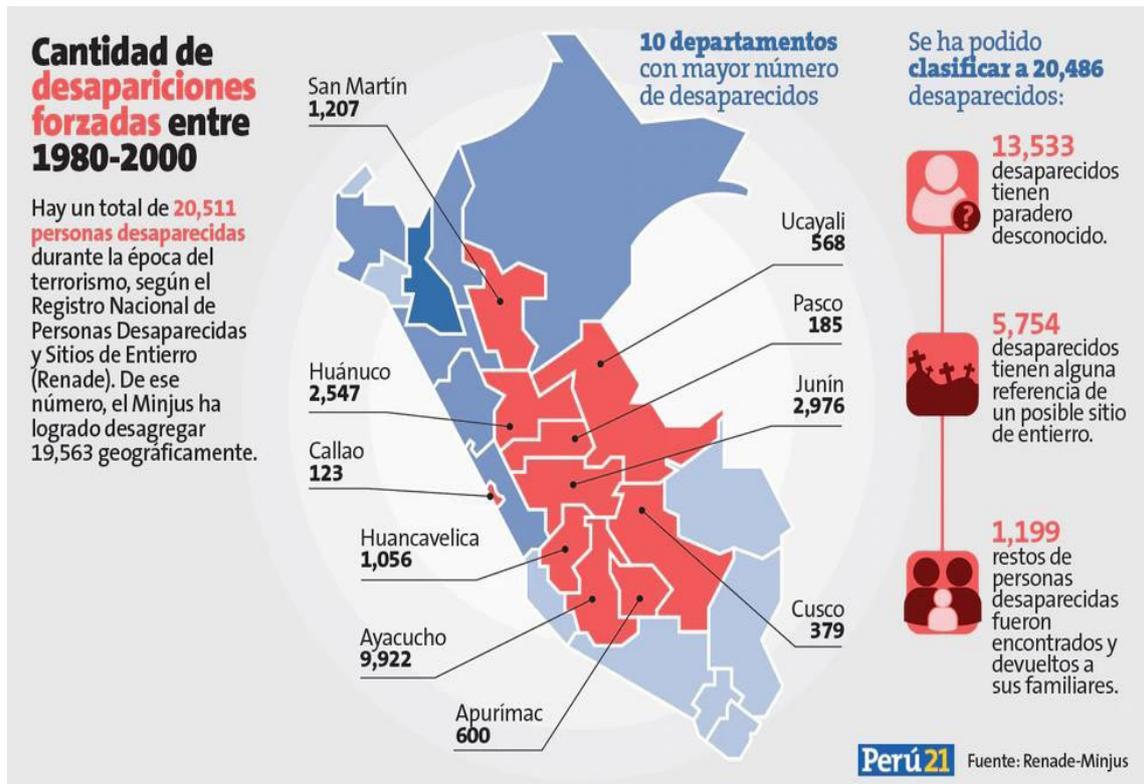
Después de la Segunda Guerra Mundial, los países se reunieron para confeccionar un documento para que no vuelva a vulnerarse dichos derechos como la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948. Dichos derechos, como resaltó Bassa et al. (2020), fueron reincorporándose a las constituciones de los países como normas rectoras. Cada Estado dispuso de una serie de normas u constituyó las diversas instituciones para realizar una real tutela de los derechos. Resaltó Silvestre (2022) se conminó al Estado como parte de las organizaciones internacionales de tutela de derechos fundamentales, crear los mecanismos e instituciones necesarias para la tutela de dichos derechos.

Lamentablemente, tales derechos fundamentales no fueron objeto de tutela real durante los años del conflicto. Al contrario, fueron objeto de vulneración en forma sistemática. De allí la relevancia de saber lo que sucedió realmente, ¿qué pasó? para poder determinar las responsabilidades que corresponde.

3. El conflicto interno iniciado por la presencia de movimientos subversivos

El Perú tuvo un periodo de conflictos internos por la presencia de movimientos subversivos (Sendero Luminoso y el MRTA) organizaciones que iniciaron sus operaciones delictivas y de terror al final del gobierno de Belaunde Terry y se fueron gestando en forma amplia en el gobierno de Alan García entre los años 1985 a 1990, y que extendieron en el gobierno de Alberto Fujimori. En algunos casos hubo un comportamiento doloso y de mala fe de ciertos servidores del Estado como operadores jurídicos, policías, militares, lamentablemente en algunos casos el Estado fue parte o intervino en los crímenes que cometieron con el objetivo de la pacificación del país. Como lo resalta Villanueva (2019), otro de los delitos que se cometieron fueron las ejecuciones extrajudiciales, asesinatos, que no tiene justificación alguna, donde hasta en la actualidad se busca responsable y la ubicación de dichos peruanos.

Figura 1



Cifras de las personas desaparecidas en época de terrorismo

Como resaltó Villanueva (2019), sostiene que se utilizaron, lamentablemente en determinados casos, estrategias no convencionales, donde se vulneraron los derechos humanos. Hubo presencia de una serie de delitos, no solo comunes, sino considerados en la legislación internacional como delitos de lesa humanidad.

4. El derecho a la verdad, como derecho fundamental

Surge la interrogante ¿el derecho a la verdad es un derecho fundamental? sí es un derecho fundamental, que como se observa si bien no tiene una tutela específica en los instrumentos internacionales de protección a los derechos fundamentales, ni en las constituciones, ya tiene una amplia dilución y sustento en las sentencias o documentos que emite la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como precisó Naciones Unidas (2016), en el Manual para parlamentarios N. 26, que su presencia objetiva lo encontramos en la resolución de las Naciones Unidas: Resolución N. 9 /11 de la ONU: reconoce la importancia de respetar y garantizar el derecho a la verdad para contribuir a acabar con la impunidad y promover y proteger los derechos humanos.

El derecho a la verdad es un derecho singular o es conexo a la tutela jurisdiccional efectiva y el derecho a la información. La cuestión sobre la autonomía del derecho a la verdad ha recaído sobre ilustres autores, como indica Méndez (2016), donde indica: “el derecho a la verdad es una parte, sobre una amplitud del derecho a la justicia que obtienen las víctimas respecto de esta clase de hechos ilícitos”. Tal es así que, junto al concepto y origen, se ha tratado de encontrar los elementos determinantes para sintetizar de una manera más clara si es que el derecho a la verdad se encuentra en un carácter autónomo.

- El caso Tamayo vs Perú (Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Loayza Tamayo vs. Perú, Sentencia de 17 de septiembre de 1997)

El caso se denomina Loayza Tamayo vs. Perú, el cual se desprende de acciones por parte de funcionarios del Estado que detuvieron en forma arbitraria e ilegal a María Elena Loayza Tamayo, catedrática universitaria, por ser sindicada de pertenecer al grupo terrorista Sendero Luminoso. Ella fue conducida a un centro de reclusión, incomunicándola y aislándola de los demás, utilizaron la tortura para lograr que se autoinculpará. Este caso es trascendental porque precisamente es el primer caso en el que la Corte realiza una diferencia entre las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes y la tortura.

En el caso Loayza Tamayo se vulneraron derechos fundamentales y ante la jurisdicción interna hubo falta de garantías y tutela de la jurisdicción para cuestionar la detención y el proceso en jurisdicción penal militar; pero sobre todo el proceso fue renuente a dar información de los autores de dichos delitos, dar información con veracidad. Durante el proceso en la jurisdicción interna y los procedimientos en la Jurisdicción Supranacional no se identificaron a los sujetos activos, se recurrió a las instancias Supranacionales y ellas se han pronunciado y en su fallo “exigía la identificación y sanción de los responsables” y la verdad que hasta ahora no se ha cumplido ni en los diferentes casos al respecto. Durante años el Estado a través de sus instituciones ha sido renuente a entregar información, o ha sido endeble en darla, por lo cual no se ha dado con los responsables ni con lo que verdaderamente sucedió.

Hubo responsabilidad por parte del Estado por la comisión de delitos que se cometieron en contra de la señora María Elena Loayza Tamayo, esto es tortura, tratos crueles, inhumanos y degradantes.

Ahora bien; el caso de la señora Tamayo no era aislado, se repitieron dichas vulneraciones en diversas personas. Como sabemos, en el Perú a inicios de los 80 se presentó el letal y lamentable daño del accionar terrorista, el cual condenamos en todas

sus formas practicadas en nuestro país, muchos de los cuales fueron condenados, algunos de ellos a cadena perpetua, otros fallecidos, muertos en enfrentamientos. Flagelo que ya ha desaparecido, pero quedan remanentes ideológicos, que el Estado no puede descuidar y cuya presencia desde nuestra óptica ya no es subversiva, sino verdaderas organizaciones criminales en torno al narcotráfico, ya con un objetivo totalmente diferente al ideológico, alejado del pensamiento que las distinguió en los años 80. Si bien es cierto, no tenemos una violencia guerrillera o terrorista, como ocurrió en Colombia en los últimos años, tenemos todavía rezagos de los conflictos en los valles de Apurímac, Ene y Mantaro (VRAEM) y en algunas zonas de nuestra Selva. En este 2023 han sido asesinados 7 policías en la zona del VRAEM, la problemática no ha desaparecido.

En el derecho comparado, por su parte la experiencia de Argentina ejemplifica de manera clara el proceso mediante el cual surgen las inquietudes y planteamientos en torno al Derecho a la Verdad. En ese país., durante los años 1976-1983 el régimen de las juntas militares y la desaparición forzada de las personas después de la dictadura militar del 24 de marzo de 1975, conllevó a sí mismo el poder de la junta de comandantes, conformada por el general Rafael Videla, el almirante Emilio Eduardo Massera y el brigadier Orlando Ramón Agosti. La ascensión del general Videla ha dado origen sobre algunas etapas más relevantes en toda la trayectoria de Argentina y Latinoamérica. En esta etapa se originó una determinada vulneración a los derechos fundamentales, que ha sido evolucionada como política institucional de control y represión. Al comienzo de la dictadura militar, dichos acontecimientos no eran de conocimiento por la sociedad argentina.

5. Metodología

En el ámbito metodológico, fue un estudio de enfoque cualitativo. Investigación donde prevalece la observación y descripción del fenómeno.

En este caso, se aplicó el método de análisis de la información, considerando los resultados obtenidos de la observación del investigador, y estudio de las investigaciones en torno a las categorías de investigación, se revisaron y analizaron investigaciones y artículos indexados internacionales como nacionales entre los años 2017 al 2022, por la necesidad de tener información actualizada.

Respecto de la entrevista, se seleccionó abogados, oficiales de la policía nacional, magistrados, que son conocedores de esta problemática. Asimismo, los profesionales del derecho aceptaron ser parte del trabajo de campo, la mayoría de ellos tiene estudios de maestría y doctorado.

6. Resultados

El objetivo principal fue el siguiente: determinar cuál es la relación entre la garantía del derecho a la verdad de las víctimas y la responsabilidad del Estado en los delitos de lesa humanidad en el Perú.

Respecto a la aplicación de las entrevistas, se tuvo una muestra de 10 profesionales del derecho donde se destaca las siguientes respuestas, sobre la primera interrogante, que se deriva del objetivo general: *¿desde su óptica existe una relación entre la garantía del derecho a la verdad de las víctimas y la responsabilidad del Estado en los delitos de lesa humanidad en el Perú?* El abogado y coronel de la Policía Nacional, León Zaa, ha manifestado, que el derecho a la verdad se viene aplicando en el Perú desde hace dos décadas a través de los diferentes procesos que se han seguido en contra de policías y militares que han sido sindicados como supuestos autores de delitos de lesa humanidad, como también muchos de ellos han sido absueltos, porque se ha demostrado su inocencia. La justicia ha hecho su trabajo, el derecho a la verdad tiene que ser un instrumento para conocer la verdad en todas sus esferas, conocer la verdad en su totalidad, y determinar a los responsables de los delitos, sean o no por parte del Estado.

El doctor en derecho, ex coronel de la policía nacional, Campos Peralta, sobre la primera interrogante, ratificó que justamente por no seguir los lineamientos rectores de este derecho, en el Perú en algunas jurisdicciones, no se puede generalizar, no se ha seguido una política seria y responsable para encontrar a los autores o sujetos activos del delito y ello se ha dado en diferentes casos, nunca es tarde para saber la verdad. Colombia en la actualidad después de la pandemia, ha retomado las investigaciones en torno a su conflicto interno, para determinar a los responsables, tanto de las organizaciones subversivas, paramilitares, como las del propio Estado.

Por su parte, el doctor en derecho y general Sánchez Chávez afirmó que si bien es cierto no se puede desconocer que, en el Perú, se han dado avances importantes en busca de encontrar la verdad, resalto en que exista una idónea indemnización y memoria para las víctimas de los nefastos años de la dictadura y el conflicto interno que tuvimos. La normatividad internacional de tutela de los derechos humanos ha señalado presupuestos y normas rectoras en torno a los delitos de lesa humanidad, respecto a la búsqueda y conocimiento de la verdad, pero sobre todo en la ubicación, proceso y sanción punitiva en contra del autor o autores de dichos delitos, destacando que los delitos de esta índole son imprescriptibles, asimismo la cooperación con la búsqueda de la verdad y la justicia para las víctimas y los familiares tiene que ser sumaria, eficiente y diligente.

El magíster Vera Lujan, por su parte, ha manifestado que el derecho a la verdad si ha estado presente como principio rector, algunas veces en forma contundente otras en forma tenue, pero; sí es una herramienta trascendental para poder determinar la responsabilidad de la autoría de quienes cometieron delitos de lesa humanidad, y evitar que ello quede impune. Para los demás entrevistados, como Caballero Torres, existe una relación significativa, porque a través del derecho a la verdad que ya ha sido utilizado no solo por la Corte Interamericana, sino por el Tribunal Constitucional del Perú, tiene que evaluarse cuál es la responsabilidad del Estado. Armas Machuca, Alfaro Ponce, Huerta Malpartida, Minchan Vigo, Martínez Aburto, respondieron afirmativamente.

Sobre el objetivo específico, esto es; precisar, cuál es la relación entre la verificación de los hechos, difusión pública y completa de la verdad se relaciona con los mecanismos de impunidad, hermetismo y falta de colaboración, para determinar la responsabilidad del Estado en los delitos de lesa humanidad, se realizó la interrogante: ¿existe relación entre la verificación de los hechos, difusión pública y completa de la verdad? ¿se relaciona con los mecanismos de impunidad, hermetismo y falta de colaboración para determinar la responsabilidad del Estado en los delitos de lesa humanidad? las respuestas fueron diversas, León Zaa respondió que las primeras categorías son los presupuestos que por falta de aplicación se ha mantenido por muchos años la impunidad de determinados funcionarios o exfuncionarios públicos ocasionando las otras categorías, debido a ello las primeras categorías en toda investigación debe relacionarse a los delitos de lesa humanidad.

Campos Peralta respondió que la premisa es relevante porque cumpliendo lo primero, esto la verificación, difusión y veracidad en la investigación se zanjará con las características nocivas para la administración de justicia como es la impunidad, hermetismo y nula colaboración de las autoridades que no han permitido determinar con objetividad la responsabilidad penal del Estado. Vera Lujan, responde que la relación es total y aplicando los tres presupuestos se lograra la verdad, la identificación de los autores y la sanción que corresponde a cada uno de los responsables. Caballero Torres, a la interrogante realiza una afirmación de causa y efecto en el cual se comparte dicha afirmación. Los demás abogados responden afirmativamente a la interrogante planteada.

7. Discusión

Respecto al objetivo general la doctrina revisada sustenta la relación significativa entre el derecho a la verdad y la responsabilidad del Estado, concordamos con Aguirre (2019) y posteriormente Díaz (2021) en sus investigaciones, que justamente la falta del cumplimiento de la verdad ha mantenido por muchos años a las víctimas y sus familiares en una estéril lucha para alcanzar la justicia. De la misma posición es Salazar (2018),

quien resaltó que el derecho a la verdad; permite determinar lo que verdaderamente ocurrió, precisando la responsabilidad de las instituciones y de los servidores públicos que intervinieron en dichos delitos, afirmación de la cual nos adherimos. Además, Villanueva (2019) resalta lo sucedido en Colombia, ha tenido un proceso de reconciliación y búsqueda de la verdad, sancionando a todos por igual, tanto a los responsables de delitos de los movimientos subversivos, paramilitares, como a los servidores públicos, las comisiones, han dado prioridad a la búsqueda de la verdad y sanción, pero buscando reconciliar al pueblo, no hay que olvidar que Colombia tiene una historia muy compleja, diferente a la historia peruana.

La posición de los investigadores concuerda con la sentencia del caso Tamayo vs Perú Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Loayza Tamayo Vs. Perú Sentencia de 17 de septiembre de 1997 (Fondo), asimismo, el Tribunal Constitucional el 7 de diciembre del 2015, reconoce el derecho constitucional a la verdad, cuando falló en el expediente N. 2488-2002-HC/TC, donde declara fundado un Habeas Corpus ordenando al Ministerio Público la investigación en torno a la desaparición de un ciudadano en la década pasada.

Respecto de las entrevistas, que si bien es cierto han sido 10 los seleccionados, se ha precisado las más trascendentales, donde hay un reconocimiento del derecho a la verdad, que es relevante para determinar la responsabilidad del Estado, que, a pesar del transcurso del tiempo, debe hacerse cumplir dicho derecho, porque va a permitir no solo saber la verdad de lo que sucedió, sino obtener una verdadera justicia, y debida reparación, para la víctima y sus familiares. Ello debe estar garantizado con políticas públicas reales, medidas legales y administrativas de una verdadera investigación y sancionar de acuerdo con la ley a los responsables.

8. Conclusiones

La Garantía del derecho a la verdad de las víctimas a través de la verificación de los hechos, difusión pública del material clasificado y la difusión completa de lo que verdaderamente ocurrió, incide significativamente en el acceso a la información gubernamental y un verdadero plan de búsqueda de las víctimas de lesa humanidad en el Perú, así como una objetiva responsabilidad del Estado en los delitos de lesa humanidad.

En base al derecho a la verdad se propone: la adopción de una ley general sobre delitos de lesa humanidad, para saber la verdad en torno de los delitos de lesa humanidad.

La búsqueda de los desaparecidos, ejecutados extrajudicialmente, debe ser adoptada como una urgente cuestión humanitaria y no puramente judicial. Por ello, el Estado debe adoptar políticas públicas orientadas a dicha solución.

La ley general de desapariciones forzadas o búsqueda del paradero de las víctimas de las ejecuciones extrajudiciales debe estar basado en el derecho a la verdad en base a una política del Estado que deje de lado la esfera compasiva y que sea por criterios humanitarios, que se tengan presente a las familias, hijos, hijas, esposas, esposos y todo familiar de todos los involucrados en esta tragedia de todos los peruanos.

El problema en torno a la desaparición forzada, ejecuciones extrajudiciales, o casos de tortura, tiene diferentes aristas que deben adicionarse a la ya reformulada descripción típica, no existe una política o estrategia por parte del Gobierno central de encontrar el paradero de aquellas personas desaparecidas. Los familiares, la esposa los hijos, los nietos, quieren saber la verdad de lo que pasó con sus desaparecidos, encontramos que es mínimo la reparación que se ha otorgado a las víctimas por las desapariciones forzadas en el periodo en los años 80 y 90.

La normatividad internacional de tutela de los derechos humanos ha señalado presupuestos y normas rectoras en torno a los delitos de lesa humanidad en especial el delito de desaparición forzada, respecto de la búsqueda y conocimiento de la verdad, pero sobre todo en la ubicación, proceso y sanción punitiva en contra del autor o autores de dichos delitos, destacando que los delitos de esta índole son imprescriptibles. Como es; la cooperación con la búsqueda de la verdad y la justicia para las víctimas y los familiares tiene que ser sumaria, eficiente y diligente, como hemos visto en nuestra investigación, no se cumple.

REFERENCIAS

- Aguirre, A. (2019, 15 de julio). Casi 20 mil desaparecidos en la época de terrorismo no tienen muerte certificada. *Perú 21*. <https://peru21.pe/politica/20-mil-desaparecidos-epoca-terrorismo-muerte-certificada-490267-noticia/>
- Aquino, S. (2017). *Fundamentos socio jurídicos para la positivización de los derechos fundamentales al honor y la buena reputación de las personas jurídicas en el ordenamiento jurídico peruano* [Tesis de grado, Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo]. Repositorio UNASAM. <https://alicia.concytec.gob.pe/vu->

find/Record/RUNM_364fd70f6d2441bd5c56db31dc8f919d

- Aragón, M. (2011). *Derechos Fundamentales y su Protección. Temas básicos de Derecho Constitucional*. Editorial Tirant Lo Blanch.
- Bassa, J., Ferrada, J. y Viera, C. (2020). La interpretación institucional de los derechos fundamentales en un estado democrático de derecho. *Elsevier*, (37), 265-291. <https://www.elsevier.es/es-revista-cuestiones-constitucionales-revista-mexicana-derecho-113-pdf-S1405919318300416>
- Díaz, J. (2021). *Crímenes de lesa humanidad cometidos por sendero luminoso y el atentado al orden constitucional en el Perú* [Tesis de maestría, Universidad Alas Peruanas]. https://repositorio.uap.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12990/6318/Cr%C3%ADmenes%20de%20lesa%20humanidad_Cometidos_Sendero%20luminoso_Atentado%20al%20orden%20Constitucional.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Naciones Unidas. (2016). Manual para parlamentarios N. 26. https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/HandbookParliamentarians_SP.pdf
- Ruiz, S. (2019). *La inclusión del delito de terrorismo en la competencia de la corte penal internacional* [Tesis de grado, Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo]. Repositorio de Tesis USAT. https://tesis.usat.edu.pe/bitstream/20.500.12423/1955/1/TL_RuizLlontopSusana.pdf
- Salazar, G. (2018). *La necesidad de implementar en la legislación nacional, el control de convencionalidad en los delitos de lesa humanidad* [Tesis de licenciatura, Universidad Señor de Sipán]. Repositorio Institucional USS. <https://repositorio.uss.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12802/5168/Salazar%20Adrian%20Gaby%20Gissela.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Sentencia del caso Tamayo vs Perú. (1997. 17 de septiembre). Corte Interamericana de Derechos Humanos. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_33_esp.pdf
- Silvestre, E. (2022). Vulneración de derechos fundamentales y el debido proceso en la aplicabilidad del procedimiento directo. *Revista Mundo Financiero. Proquest*, 3(8).
- Valarezo, M., Coronel, D. y Duran, A. (2019). La garantía constitucional de la libertad personal y el habeas corpus como elemento de protección del bien jurídico. *Universidad y Sociedad*, 11(5), 470-478. <http://scielo.sld.cu/pdf/rus/v11n5/2218-3620-rus-11-05-470.pdf>
- Villanueva, M. (2019). *Análisis de la ley general sobre desapariciones forzadas y su impacto en la reparación de las víctimas. Lima. 2017-2019*. Universidad Privada del Norte.



¿ENGAÑO SIMPLE O BASTANTE PARA CONFIGURAR EL DELITO DE ESTAFA?

*César Augusto Díaz Ramos**

Ministerio Público

cedira14@yahoo.es

<https://orcid.org/0000-0002-1901-9137>

Resumen: Esta breve investigación tiene por finalidad reflexionar respecto de la actual jurisprudencia de la Corte Suprema de la República en materia penal, sobre la base de la relación entre la Doctrina vs. los casos reales que quedan en el absoluto desamparo legal, ello en el entendido de que se está dejando impunes conductas activas dirigidas a engañar con la finalidad de lograr un beneficio patrimonial en beneficio propio o terceros. Para este fin se utilizarán los conceptos de *engaño bastante* y *la imputación al ámbito de competencia de la víctima*, conceptos que no se encuentran regulados en el tipo penal (principio de legalidad), pero se han utilizado para absolver de acusaciones, vulnerando con ello la obligación del Estado de otorgar una tutela jurisdiccional efectiva, ya que en la práctica no existiría forma de que la víctima recupere su patrimonio aun acudiendo a la vía civil, por cuanto, ningún estafador guarda el dinero o compra bienes a su nombre con las ganancias obtenidas ilícitamente, no habría forma de reparar el perjuicio económico.

Palabras clave: Principio de legalidad, engaño bastante, engaño simple, competencia de la víctima, tutela jurisdiccional efectiva.

SIMPLE DECEPTION OR ENOUGH TO SET UP THE CRIME OF SCAM?

Abstract: The purpose of this brief investigation is to reflect on the current jurisprudence of the Supreme Court of the Republic in criminal matters, based on the relationship between the Doctrine vs. the real cases that remain in absolute legal helplessness, this in the understanding that active behaviors aimed at deceiving are being left unpunished in order to achieve a patrimonial benefit for their own benefit or for third parties. For this purpose, the concepts of deception enough and imputation to the victim's area of competence will be used, concepts that are not regulated in the criminal type (principle of legality), but have been used to absolve accusations, thus violating the obligation of the

* Fiscal Adjunto Provincial Penal de la Segunda Fiscalía de Nueva Cajamarca. Maestro en Derecho Penal con Mención en Ciencias Penales por la UNPRG, expositor en el Tercer Seminario "Capacitación en Derecho Penal y Procesal Penal" organizado por la UCSS – Filial Rioja: Nueva Cajamarca.

State to grant an effective jurisdictional protection, since in practice there would be no way for the victim to recover his assets even by resorting to civil proceedings, since no fraudster keeps the money or buys goods in his name with the profits obtained illegally, there would be no way to repair the economic damage.

Keywords: Principle of Legality, Enough Deception, Simple Deception, Victim Competence, Effective Jurisdictional Protection.

1. Introducción

La idea de escribir este artículo tiene como finalidad abordar el problema advertido durante el ejercicio diario de la profesión y las labores propias del cargo, esto es el haber advertido la existencia de jurisprudencia de la Corte Suprema en materia penal que genera la impunidad de ciertas conductas, utilizando para ello conceptos aplicados en otros países como España, Alemania y Chile. En otras palabras, tenemos la tradición de utilizar conceptos importados, los cuales no se encuentran acorde a la realidad nacional, ocasionando a la larga problemas sociales, económicos, legales, entre otros; ello porque un país no debe importar y trasladar normas sin antes hacer un estudio, investigación previa sobre lo que sucederá en la eventualidad de su aplicación y uso. Dogmatizar conceptos foráneos que benefician a los criminales y perjudican a la víctima. Es así que en el presente trabajo se advierte la existencia de jurisprudencia de la Corte Suprema que transfiere toda la responsabilidad a la hipotética puesta en riesgo de la víctima y/o el denominado engaño bastante afirmando desde fuera del hecho acontecido que resulta insuficiente pese a que la víctima hizo un traslado efectivo de su patrimonio. Surgen de inmediato preguntas tales como: ¿no fue bastante el engaño? ¿acaso no transfirió su patrimonio el agraviado?, por lo que para tratar de responder dichas interrogantes se analizarán diversas sentencias, se contrastará con el tipo base regulado en el Artículo 196 del Código Penal y la opinión de doctrinarios nacionales o extranjeros, luego de lo cual analizaremos si la innovación de conceptos ha contribuido a la paz social, a reparar el daño causado a la víctima, a mejorar la imagen de los órganos que administran justicia o si por el contrario, por modernos que parezcan los conceptos solamente han contribuido a generar impunidad y como al unísono se repite en los medios de comunicación, reuniones sociales, foros académicos *se protege al delincuente mas que a la víctima*.

Asimismo, se precisa que el método empleado consiste en un análisis comparativo, recogiendo diversa jurisprudencia, opinión de diversos autores y sobre la base de ello nos decantaremos por una posición, entre si para la configuración del Delito de Estafa se necesita un engaño simple o bastante.

Para el análisis planteado partiremos esbozando una noción del Delito de Estafa, desde el punto de vista del tipo penal, como ha sido interpretado por la doctrina, los requisitos que deben concurrir para la configuración del delito y sobre la base de la ley y la doctrina como ha aplicado la Corte Suprema de la República al emitir sus resoluciones. Posteriormente analizaremos el engaño propiamente dicho en el delito de estafa, las teorías existentes sobre ello (engaño simple y engaño bastante) y finalmente mencionaremos la forma que se ha ido elaborando la jurisprudencia, para luego emitir algunas conclusiones.

2. Nociones del delito de estafa

En el presente apartado trataremos de abordar la definición y configuración del delito de estafa desde una interpretación de la Ley o tipo penal, según la Doctrina y finalmente desde la Jurisprudencia. Compartiendo la opinión de Reátegui (2015, p. 435) podemos afirmar a grandes rasgos que el delito de estafa consiste básicamente en el efectivo traslado o desplazamiento de un bien con valor patrimonial-económico por parte de propia víctima, como consecuencia de una alteración de la realidad que ésta padece, generado por una acción eminentemente dolosa por parte del sujeto activo. Se advierte, por tanto, que lo relevante en este delito es el actuar doloso del agente, bastando la sola verificación del engaño y como consecuencia en perjuicio patrimonial en la víctima, descartándose cualquier alusión al engaño bastante y/o atribuirle responsabilidad al sujeto pasivo del delito.

2.1. Conforme a la Ley Penal

De conformidad con lo señalado en el Artículo 196¹ del Código Penal podemos afirmar que se configura cuando el sujeto activo consigue para él o un tercero un beneficio patrimonial, perjudicando al sujeto pasivo, a quien previamente ha inducido y mantenido en error mediante engaño, astucia, ardid o cualquier otro tipo de fraude nótese que, conforme a la redacción del tipo penal, no hace alusión en momento alguno a los conceptos *engaño bastante* o al *ámbito de competencia de la víctima*.

2.2. Conforme a la doctrina

El delito de estafa se configura cuando se verifica que el sujeto agente, utilizando los diversos verbos rectores (engaño, astucia, ardid u otra fraudulencia) logra que su víctima altere su percepción de la realidad impidiéndole que pueda salir de la “emboscada” a la

¹ Artículo 196. Estafa. El que procura para si o para otro un provecho ilícito en perjuicio de tercero, induciendo o manteniendo en error al agraviado mediante engaño, astucia, ardid u otra forma fraudulenta, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de uno ni mayor de seis años.

que previamente llevó al sujeto pasivo. Con el fin de hacer que se ocasione un perjuicio económico al trasladar su patrimonio o parte, para adjudicarle al autor del hecho o de un tercero vinculado, *iter criminis* que se consuma cuando obtiene el provecho que según Caro (2007, p. 239) tiene una naturaleza indebida.

Respecto de la realización del *iter criminis* en el delito de estafa, requiere un correlato de cuatro momentos para su configuración primero se requiere que el sujeto activo despliegue un engaño, que produzca en el sujeto pasivo una situación de error, que debido a ello efectúe la disposición de su patrimonio y finalmente se corrobore el perjuicio económico de la víctima o de un tercero.

En igual sentido, tomando la idea de Salinas (2015b, p. 287) podemos afirmar que este tipo de delito tiene diversos componentes y particulares diferentes a los delitos comunes y que conforme a la redacción del mismo tipo penal poseen el siguiente orden: a) Engaño, astucia, ardid u otra forma fraudulenta, b) Inducción a error o mantener en él, c) Perjuicio por disposición patrimonial y d) Obtención de provecho indebido para sí o un tercero, tales estadios se deben suceder uno tras otro, por lo que, ante la inexistencia de uno de ellos, los hechos devendrían atípicos.

2.2.1. *Sobre el engaño, astucia, ardid u otra forma fraudulenta*

En este punto nos limitaremos a señalar que se trata de distorsión o alteración de la verdad, con lo cual se logra que el sujeto pasivo quede inmerso en un error luego del cual ya no puede salir, pues está convencido de estar frente a una situación real, la cual aparentemente le resulta favorable, sea porque obtendrá un beneficio, ayudará a un familiar cercano, etc., todo ello referido a un acontecimiento que está ocurriendo en la realidad.

2.2.2. *Sobre la inducción a error o mantenerlo en él*

Respecto de este punto, parafraseando a Freyre (1983, p. 158), creemos el sujeto activo ha desplegado e interactuado con su víctima con conocimiento y voluntad que en su forma tradicional equivale a un actuar doloso, haciendo surgir la falsa representación en la psiquis del agraviado y logra mantener en error cuando este a su vez ya se ha formado una falsa representación por ejemplo creía comprar una joya de oro, cuando en realidad se trataba de una aleación, por lo que este se aprovecha y de ser el caso desplegará conductas con la finalidad de reforzar dicha creencia y con ello impedir que sea advertido.

2.2.3. *Sobre la disposición patrimonial*

En referencia a este presupuesto Choclan (2000, p. 161) a breves rasgos para éste tipo penal específico, cualquier tipo de comportamiento a través del cual el titular de un patrimonio o cualquier derecho que le permita disponer sobre él, cual ejercicio de los derechos que le asiste y en cumplimiento de un fin, hace que dicho patrimonio salga de su esfera de dominio para formar parte de un tercero quien a partir de allí empieza a ejercer como si fueran propios dichos bienes, obteniendo con ello claro esta todos los beneficios que estos le permiten, pese a que se incorporaron en forma ilícita dentro de su ámbito de dominio. En ese sentido Herrera (2011, p. 91) explicaba que el delito de estafa poseía una peculiar característica debido a que producía una interacción determinada por la dinámica ofensor-víctima es decir establecía como presupuesto *sine qua non* una conducta disfrazada e inverosímil, por parte del estafador, a la cual seguidamente contribuye activamente la víctima, influenciada por engaño, produciéndose un perjuicio a sí o un tercero titular de un derecho patrimonial.

2.2.4. *Sobre el perjuicio económico por la Disposición Patrimonial*

El perjuicio económico es pues determinante para la configuración del delito de estafa por ejemplo cambiando las palabras, pero manteniendo la idea de Canez Marticorena (2000, p. 37) se debe analizar si el perjuicio se produjo seguidamente al hecho desplegado por el agente, podríamos hacer un símil con la atenuante de la *emoción violenta*, pues no debe ocurrir después de un lapso considerable de tiempo, sino de preferencia en forma inmediata, por ende únicamente resultan imputables penalmente aquellos perjuicios que se producen como consecuencia directa del acto de disposición.

A lo antes señalado, podemos acotar que el perjuicio económico debe ser entendido como todo beneficio que el bien reporta para su titular, el mismo que se ve reducido, disminuido, en algunos casos extinto como consecuencia de haber sido víctima de una estafa, sobre este punto se debe incidir que lo que corresponde verificar es el efectivo menoscabo y el desplazamiento del patrimonio o el surgimiento de una obligación como efecto de una situación fáctica alterada.

2.2.5. *Sobre la obtención de provecho indebido para sí o para un tercero*

Respecto de este punto, Salinas Siccha (2015b) comentaba en sus clases de la Academia que el provecho corresponde al corolario máximo del agente, cuando decidió embarcarse a desarrollar al margen de ley una conducta engañosa, de tal forma que, si no obtiene ningún beneficio para sí o un tercero, el delito materia de análisis no se consuma,

alcanzando en el *iter criminis* el grado de tentativa. El mismo parafraseando a Roy Freyre, señala que el provecho ilícito consistía en disponer los bienes obtenidos mediante la consumación del delito de estafa, haciendo un uso pues actúa sobre ellos como si fuera el legítimo propietario, pero que era ilícito o indebido como consecuencia de que no le correspondía, siendo por tal motivo que cualquier tipo de provecho obtenido vulnerando bienes jurídicos no debía tener causa justificación alguna, respaldando lo antes señalado por Valle (1992, p. 253) llegó incluso a señalar que debía sancionarse cualquier tipo de estafas aun cuando estén referidas a hechos ilícitos, ello de conformidad con el artículo 1275 del Código Civil Español cuya redacción es la siguiente: *Los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno. Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o la moral*, lo cual dentro de un contrato de naturaleza civil implicaba el desconocimiento de una obligación, cuando su finalidad era ilícita, consecuentemente perdía su derecho a solicitar una contraprestación; no obstante, ello el también citado doctrinario postulaba que no era adecuado concluir que la ilicitud del negocio eliminaba la existencia de algún perjuicio, tal afirmación no era correcta. En este punto, debo dejar sentado además que la jurisprudencia de la Corte Suprema acogido la posición en la que el Derecho Penal no tutela el actuar de una persona cuando su finalidad estaba dirigida a cometer un hecho ilícito y terminaban absolviendo a un delincuente que se hizo pasar como miembro de la Policía Nacional del Perú, indicando a la víctima que un familiar había sido detenido trasladando mercancía ilegal y accedía a depositar una suma de dinero, lo cual se transforma en un soborno, claro está si hubiera sido una situación real, pero no lo era consideramos que tampoco se ha lesionado el bien jurídico administración de justicia en consecuencia la finalidad presuntamente ilícita también se transforma en inexistente sin embargo, ya se encuentra arraigado dicho criterio y muchos casos se archivan o absuelven a los acusados generando con ello mayor impunidad.

2.3. Conforme a la Jurisprudencia

En atención a los fines propuestos analizar, en este artículo citaremos lo señalado en la Casación N. 421-2015-Arequipa contenido en el fundamento Décimo Primero que señala:

La hermenéutica jurídica, sin embargo, reconoce de manera mayoritaria que el método jurídico, no se agota en una simple constatación silogística de un hecho concreto en relación con una formulación legal abstracta. En ese sentido, por ejemplo, resulta incorrecto la forma en que cierto sector de la doctrina nacional desarrolla el delito de estafa, esto es como una mera secuencia de elementos

(engaño, error, disposición patrimonial y provecho ilícito) vinculados por un nexo causal. (2017)

En el Recurso de Nulidad N. 74-2019, la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema declara nula la sentencia de vista que absolvió a la acusada sobre la base del siguiente argumento: “6.4. Se configura un escenario de imputación a la víctima porque la parte civil era una empresa del rubro inmobiliario, razón por la cual debieron tomar las previsiones que aseguren el cumplimiento del contrato”.

Con estos argumentos la Corte Suprema señala que los delitos de estafa específicamente deben analizarse desde el punto de vista de la Imputación Objetiva esto es verificar si el autor ha generado la creación de un riesgo penalmente prohibido, estableciendo algunas exigencias no contenidas en el tipo penal en perjuicio de la víctima, tales como si el engaño fue bastante, si la agraviada desplegó una serie de verificación para salir del engaño al que había sido sometida, etc.

Respecto de la Imputación Objetiva debo manifestar brevemente que resulta innecesaria, pues, por ejemplo, se menciona el Principio de Confianza, bajo el cual no se le podría atribuir responsabilidad al médico que operó cumpliendo todos los procedimientos de la *lex artis*, pero se determinó que la muerte del paciente se produjo debido a que la enfermera no desinfectó los instrumentos con los que operó: ¿qué se le puede atribuir al médico? La respuesta es nada. En igual sentido hemos crecido académicamente hablando, repitiendo que son impunes aquellas conductas que obedecen al cumplimiento de un rol, siendo ejemplo típico el de un taxista que hizo una carrera al banco a tres personas, donde estos, al llegar cometieron un robo. La pregunta sería: ¿necesitamos de la Imputación Objetiva para decir que ese taxista no tiene responsabilidad en el hecho? Sin temor a equivocarme debo decir que no se le puede atribuir ningún tipo de participación, sin necesidad de acudir a dichos conceptos.

3. Resultados

3.1. El engaño en el delito estafa

Conforme ha quedado plenamente establecido, en el tipo penal peruano hace alusión al engaño a secas, sin especificar si se trata de un simple engaño o un engaño bastante o suficiente, por lo que cualquier referencia a esos conceptos debemos señalar que surge de una adaptación de la Jurisprudencia Española a la realidad nacional, no teniendo en cuenta que el tipo penal español hace referencia expresa al *engaño bastante* sin embargo surge el siguiente cuestionamiento sobre tal concepto, como catalogar un *engaño insuficiente*

para afirmar como atípica dicha conducta, si en la realidad se ha verificado la efectiva transferencia del patrimonio de la víctima, debido a que creyó en la afirmación de un estafador, luego como los jueces pueden decir que fue insuficiente, cómo el estado le responde a una persona que perdió en algunos casos todo su patrimonio, que a criterio de quienes administran justicia no debió creer y como tal su derecho a obtener justicia no puede resolverse en la vía penal, dejando la remota e improbable posibilidad de recuperar su patrimonio acudiendo a la vía civil.

Lo antes señalado respecto de los criterios establecidos por la jurisprudencia española guarda relación con el tipo penal de dicho país, pues señala: “Artículo 248.1: Cometan estafa los que, con ánimo de lucro, utilizaren *engaño bastante* para producir error en otro induciendo a realizar un acto de disposición en perjuicio ajeno”.

3.1.1. *El Engaño Bastante de conformidad con el Principio de Legalidad*

El Código Penal Peruano no exige para la configuración del Delito de Estafa un *engaño bastante* como elemento constitutivo del tipo, debo señalar que verificada la distorsión de la realidad por parte del sujeto activo y que ello, a su vez, fue determinante para el desprendimiento patrimonial del agraviado, las estafas cometidas no deben tener ninguna causa de justificación, por lo que se debe proceder a la imposición de una pena y la consecuente reparación civil, siendo ésta última en la práctica la única forma de lograr resarcir el daño ocasionado a la víctima ergo cualquier alusión al *engaño bastante* como causa de justificación a lo único que contribuye es a generar impunidad, renunciando con ello a lo que, conforme a muchos autores, era la función o razón principal para tipificar como delito las estafas, esto es, proteger a todo tipo de víctimas, sin importar el grado de educación, la clase social a la que correspondan, el coeficiente intelectual, el nivel confianza o desconfianza, ingenuidad, lo que se buscaba era sancionar a todas aquellas personas que obtenían ilícitamente un beneficio patrimonial.

3.1.1. *Teorías sobre el Engaño*

• **Teoría del Engaño Bastante**

Al respecto, Mayer Lux (2014, p. 1020) citando la jurisprudencia chilena, menciona que cualquier tipo de mentira no se puede considerar como delito de estafa por lo que resulta necesario, para considerarlo como delito, que el sujeto activo despliegue una serie de actos tendientes a montar un complejo escenario, dentro del cual se logra que la víctima se desprenda de su patrimonio, por lo que una simple mentira, pese a que ocasionó un perjuicio, devendría en un hecho atípico al no tener apariencias objetivas externas de verdad. Teoría que viene

siendo utilizada como fundamento en la jurisprudencia nacional, recogiendo la opinión de Peña Cabrera, indicando que:

... el engaño debe ser suficiente, bastante para hacer incurrir en error. Lo que se trata de determinar sobre la idoneidad del engaño es si el error ha sido consecuencia del engaño o, por el contrario, consecuencia de alguna actitud negligente reprochable a la víctima. (1993, p. 1234)

Dicho autor liga la existencia del engaño bastante al actuar de la víctima al exigirle el despliegue de conductas para salir del engaño, es decir, son conceptos que se interrelacionan entre sí, conceptos que han sido tomados al resolver el Recurso de Nulidad N° 1073-2019 (Diferencias entre estafa, 2020).

Asimismo, en referencia al engaño bastante, Arroyo de las Heras (2005, p. 37), en aplicación de la Teoría de la Imputación Objetiva deja entrever que no es suficiente cualquier tipo de engaño, pues corresponde realizar un análisis previo para adecuar al tipo penal, aplicando los lineamientos de dicha Teoría es decir, ver si fue suficiente para producir un perjuicio a la víctima o titular del bien patrimonial y determinar si se enmarca dentro del fin de protección de la norma, afirmación que, como ya hemos señalado, se encuentra conforme al tipo penal exigido por el Código Penal Español.

• Teoría de la Simple Mentira

La misma Mayer (2014, p. 1023) deja entrever que se ha difuminado la Teoría del Engaño Bastante, pese a que en la legislación de su país no existe ninguna referencia del tipo penal hacia ello y que exija la puesta de un complejo teatro de operaciones, donde el sujeto activo haga sucumbir a su víctima en consecuencia, ha empezado a tomar mayor relevancia la no exclusión de la simple mentira como forma de engaño típico en el delito de estafa es decir, desde este punto de vista resulta exigible la sola verificación de la existencia de un engaño para la configuración del delito estafa, entendida como la alteración de la verdad por parte del sujeto activo, para lograr el desprendimiento patrimonial de la víctima, sin exigirle otra conducta, tal como desplegar actos de investigación para “salir del engaño”, exigencia que, considero no se encuentra acorde con la realidad y con la obligación que tiene el Estado de sancionar todas las conductas delictivas en ejercicio del *Ius Puniendi* y, además, la obligación de otorgar Tutela Jurisdiccional Efectiva, pues como podría aplicarse el Principio de Publicidad Registral en el caso de la compra venta de bienes registrados a la gran mayoría de la población

que desconoce el significado de SUNARP, apelando a una falacia, como es afirmar que se presume el conocimiento de todo el ordenamiento jurídico.

Dichas exigencias permiten que los estafadores obtengan “plata fácil”, señalando en sus fallos que el agraviado podría acudir a la vía civil a recuperar su dinero, lo cual ya es inaceptable al no otorgar una tutela adecuada imaginemos a una persona que fue estafada por un monto de s/. 1,000.00 los gastos administrativos (honorarios de abogado, tasas judiciales, etc.) superaran en la práctica ampliamente dicho monto. En ese mismo orden de ideas, ahora imaginemos que el sujeto activo logró estafar a cien personas estaríamos hablando de que posee ingresos ilícitos por el monto de S/.100.000.00, a quien el Estado da a saber que si fue negligencia del agraviado no le va a pasar nada.

Lo antes señalado guarda estrecha relación con el derecho de todo ciudadano a obtener Tutela Jurisdiccional o Judicial Efectiva, respecto de lo cual el Tribunal Constitucional señala que la misma se encuentra reconocida en el artículo 139.3° de la Constitución, el cual implica cuando una persona pretenda la defensa de sus derechos o de sus intereses legítimos, ella deba ser atendida por un órgano jurisdiccional mediante un proceso dotado de un conjunto de garantías mínimas “... que se descompone en un conjunto de derechos específicos ... entre otros, el derecho al acceso a la justicia y el debido proceso” (Demanda de inconstitucionalidad, 2007). Es sobre este punto que los fallos absolutorios atribuyéndole responsabilidad a la víctima por haber “creído” o si se quiere haber actuado de buena fe, no están otorgando protección a sus derechos patrimoniales ni al derecho que les asiste a obtener un fallo justo.

Mientras escribíamos este artículo, en un canal de televisión una mujer denunciaba haber sido víctima del delito de estafa en la modalidad del *envío de la maleta* un primo le envió desde Italia dos maletas, luego le informa que, por no declarar el peso exacto, la SUNAT le había multado con s/.7, 000. 00, por lo que ella con la finalidad de ayudar a su “primo” canceló dicho monto **¿fue bastante ese engaño para la víctima?**, ¿debió desplegar conductas tendientes a detectar el engaño? la primera pregunta resulta ser una obviedad, es evidentemente que si fue bastante como para que la agraviada se desprenda de su patrimonio respecto de la otra pregunta, y observado desde fuera, debió haber comprobado previamente si se trataba de su primo, si el supuesto personal que le cobró la multa trabajaba en la SUNAT la respuesta es sí, pudo haberlo hecho, sin embargo, no fue así. Pero de allí a utilizar ese argumento para generar impunidad, considero resulta alejado del fin de cualquier proceso, el cual es la emisión de un fallo justo, por lo que premia la *habilidad* de las personas para apoderarse del dinero ajeno, no se acerca a un

mínimo sentido de justicia.

Esta perspectiva de atribuirle responsabilidad a la víctima por la estafa cometida, se sustenta desde la Victimodogmática, la cual señala que contribuyó a la comisión del delito pues se trataba de un error considerado como evitable y por tanto se podría afirmar que fue su responsabilidad porque ésta tenía y debía utilizar todos los medios que tenía a la mano para averiguar si las afirmaciones del autor eran o no veraces y en segundo lugar cuando aun careciendo de los medios para averiguar si el autor mentía, debía advertir la existencia de un peligro real o cuando menos potencial solamente en términos académicos estamos en condiciones de afirmar que ello engloba un concepto de superioridad de unos sobre otros, reconociendo la existencia de dos tipos de personas, en el caso peruano y en nuestros términos *astutos* y *zanahorias*.

3.2. Exigencia del Engaño Bastante en la sociedad peruana

Dentro del problema filosófico de si la sociedad crea el derecho o si el derecho a la sociedad, debo manifestar que me inclino por la primera hipótesis en consecuencia el derecho debe ir conforme a la sociedad donde se aplica, ergo, en una como la peruana, donde miles de personas acuden al brujo solicitando traer al ser amado, creen en vírgenes que lloran, en una anaconda de doscientos metros, sueñan con ganarse la Tinka cada domingo, donde el sentido crítico prácticamente ha desaparecido, ya que la gran mayoría se encuentra abstraída de la realidad, la pregunta se cae de madura, ¿resulta aplicable la Teoría del Engaño Bastante?, ¿resulta exigible a la víctima adopte acciones necesarias para salir del engaño? creo que la respuesta es no el derecho a lo largo de la historia se ha ido adaptando a la realidad, en dicha medida ha ido cambiando y regulando nuevas situaciones en consecuencia, dadas las particularidades del país para la configuración del Delito de Estafa resulta adecuado la Teoría de la Simple Mentira.

Respecto de lo antes señalado, dentro de la línea filosófica de García (2019, p. 35) quien señala que para interpretar cualquier tipo de norma del ordenamiento jurídico nos debemos guiar o buscar cuál era su finalidad, es decir, llevar a cabo una interpretación teleológica, pues en ello radica la razón de ser de la misma, en otras palabras, en el delito de estafa prima el proteger a cualquier tipo de persona, ya que, repetimos, cualquier provecho económico ilícito no debe tener ninguna causa de justificación. Esto significa que los estafadores deben ser sancionados penalmente.

3.3. Sobre la Forma de Resolver en la Jurisprudencia Nacional

En el recurso de Nulidad N. 2504-2015, la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia para absolver a la procesada utilizó el siguiente argumento:

DECIMO. Como puede observarse de los actuados, el engaño empleado por la procesada ... resultó eficaz para inducir a error a los agraviados y procurarse un provecho económico a partir de la disposición patrimonial que estos realizaron DECIMO PRIMERO. La hermenéutica jurídica, sin embargo, reconoce en forma mayoritaria que el método jurídico, no se agota en una simple constatación silogística de un hecho concreto en relación con una formulación legal abstracta ... El juez penal no se limita a verificar una conducta causalmente vinculada a un resultado lesivo, sino que fundamentalmente determina, con base en criterios jurídico - penales; si la conducta del autor ha generado un riesgo penalmente prohibido y si ese riesgo es el que se ha realizado en el resultado acaecido. (Gutiérrez Iquise, 2018)

Inicia señalando que el engaño fue eficaz, para lograr que los agraviados le entreguen su patrimonio a la procesada asimismo en dicha jurisprudencia se recoge y se usa como fundamento para absolver al acusado la opinión del profesor, escritor y abogado litigante Dr. Percy García Cavero, quien como es de público conocimiento postula la tesis de que se debería verificar si la conducta desplegada generó un riesgo prohibido, desde mi punto de vista si ocurrió tal riesgo, pues dicha persona celebró contratos de alquiler o alquiler venta con reserva de dominios, sin tener la mínima intención de cumplirlos, sino como una forma de puesta en escena o *mise en scène*, para obtener la posesión y luego proceder a venderlos por debajo del precio de mercado, señalando que los obtuvo en un remate y que procedería a entregar los documentos cuando terminara los trámites, lo cual no era cierto entonces afirmar que dicha conducta no contribuye a generar un riesgo prohibido y atribuirles responsabilidad a las víctimas resulta alejado de cualquier sentido de justicia.

En el Recurso de Nulidad N. 74-2019², la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema declara nula la sentencia de vista que absolvió a la acusada sobre la base del siguiente argumento: “6.4. *Se configura un escenario de imputación a la*

² Tal como se afirma en el comentario a este Recurso: “Junto al hecho de que el Tribunal Superior no explicó las características específicas de la “estafa contractual” (contrato criminalizado), no planteó con suficiencia el punto del engaño bastante y lo vinculado a la competencia de la víctima (autopuesta en peligro); es decir, cuándo se niega la imputación objetiva del resultado típico de estafa. Las afirmaciones realizadas al respecto son jurídicamente limitadas y carecen de consistencia lógica” (Estudio Jurídico Carlos Vásquez Boyer & Asociados, 2020).

víctima porque la parte civil era una empresa del rubro inmobiliario, razón por la cual debieron tomar las previsiones que aseguren el cumplimiento del contrato”, esto es, se había recurrido al ámbito de competencia de la propia víctima que más se le pudo haber exigido si la celebración del contrato de compra venta del inmueble se realizó en presencia de un notario y ante quien la acusada mostró un cheque de gerencia, sin embargo luego de la realización del acto jurídico se apoderó del mismo e indicó que lo entregaría cuando ejerciera la posesión del bien, ello no ocurrió, entonces dicha conducta debería ser impune creo que no.

4. Conclusiones

- El tipo penal de estafa en el Código Penal peruano no hace ningún tipo de alusión a la calidad del engaño para la configuración del mismo, sin embargo, al momento de resolver los casos se adoptado la Teoría del Engaño Bastante y no la Teoría de la Simple Mentira.
- Los conceptos de engaño bastante o suficiente o competencia de la propia víctima, no adecúan a la realidad nacional, los cuales podrían ser perfectamente aplicables en otras latitudes, mas no en el Perú, ya sea porque conforme a la redacción del tipo no resulta aplicable; no se condice con nuestra realidad y con ello se deja de lado la razón principal por la que se tipificaron como delito las estafas esto es, proteger a todas las personas por igual.
- El engaño bastante o suficiente, el concepto de competencia de la propia víctima, a lo único que contribuyen es a la absolución de personas que, alterando la realidad, obtuvieron el incremento de su patrimonio en forma ilícita, dejando impunes dichas conductas incrementando con ello al mayor desprestigio del sistema de justicia.

Referencias

- Arroyo de las Heras, A. (2005). *Los delitos de estafa y falsedad documental*. Bosch.
- Canez Marticorena, A. (2000). *Sobre el Delito de Estafa y otras Defraudaciones, Alternativas*.
- Caro Jhon, J. (2007). *Diccionario de Jurisprudencia Penal*. Grijley.
- Choclan Montalvo, J. (2000). *El delito de estafa*. Bosch.
- García Amado, J. A. (2019). *Ponderación judicial. Estudios críticos*. Zela.

- Herrera Moreno, M. (2011). Estafa, apropiación indebida, defraudación de fluido eléctrico. En Polaino, M. (Ed.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial* (T. II). Tecnos.
- Mayer Lux, L. (2014). El Engaño Concluyente en el Delito de Estafa. *Revista Chilena de Derecho*, 41(3), 1017-1048. <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=177033389010>.
- Peña Cabrera, R. (1993). *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial, T. II*. Ediciones Jurídicas.
- Reátegui Sánchez, J. (2015). *Manual de Derecho Penal. Parte especial. Delitos contra la vida, contra el patrimonio y otros*. Instituto Pacífico.
- Roy Freyre, L. (1983). *Derecho Penal Peruano. Parte especial* (T. III). Grijley.
- Salinas Siccha, R. (2015a). *Delitos contra el patrimonio*. Instituto Pacífico.
- Salinas Siccha, R. (2015b). *Derecho Penal. Parte especial* (6.^a ed.) Editorial Iustitia.
- Sentencia OOOS-2006-PIITC. (2007, 22 de marzo). Tribunal Constitucional (Landa Arroyo, Gonzales Ojeda, Alva Orlandini, Bardeli Lartirigoyen, García Toma, Vergara Gotelli). <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/00005-2006-AI.pdf>
- Valle Muñoz, J. M. (1992). *El Delito de Estafa, Delimitación jurídico – penal con el fraude civil*. Bosch.
- Villavicencio Terreros, F. (2019). *Derecho Penal. Parte general*. Grijley.



EL DERECHO A LA PROPIEDAD Y SU VULNERACIÓN MEDIANTE LA PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA

Juan Carlos Castillo Matute
Universidad Católica Sedes Sapientiae
2016100175@ucss.pe

Resumen: En el presente trabajo se analizará la vulneración del derecho a la propiedad privada a través de la figura jurídica de la prescripción adquisitiva de domino. Además, se propondrá la modificación del artículo 950 del Código Civil, toda vez que este actualmente resulta incompatible con la protección que la Constitución Política del Perú otorga al propietario de un bien, considerando que una de las características del derecho a la propiedad es la imprescriptibilidad.

Palabras clave: Prescripción adquisitiva, usucapiente, vulneración, derecho de propiedad.

THE RIGHT TO PROPERTY AND ITS VIOLATION THROUGH ACQUISITIVE PRESCRIPTION

Abstract: In the present article, the violation of the right to private property through the legal figure of the acquisitive prescription of domino will be analyzed. In addition the modification of article 950 of the Civil Code will be proposed, since this is currently incompatible with the protection that the Political Constitution of Peru grants to the owner of a property, considering that one of the characteristics of the right to property is imprescriptibility.

Keywords: Acquisitive prescription, Usucapiente, Violation, Property Right.

1. Introducción

El derecho a la propiedad es un derecho fundamental reconocido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Convención Americana de los Derechos Humanos,

* Estudiante egresado de de la Carrera de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica Sedes Sapientiae.

de los cuales el Perú es parte, asimismo se es un derecho garantizado en la Constitución Política del Perú.

La propiedad es un derecho inviolable, además de tener como característica la imprescriptibilidad, por lo tanto, si se permite adquirir la propiedad a través de la prescripción adquisitiva de dominio se estaría vulnerando este derecho, el cual es un derecho fundamental del ser humano, además tanto en los diversos Tratados Internacionales a los cuales el Perú se encuentra adscrito, como en la Constitución Política del Estado, se garantiza y se protege este derecho, disponiendo que la única causal por la que una persona puede ser privado de su propiedad, por necesidad pública, correspondiéndole al propietario una indemnización acorde con el valor del bien, supuestos que no presentan en la prescripción adquisitiva de dominio.

Mediante este trabajo se busca demostrar que el derecho a la propiedad está siendo vulnerado por el uso de la figura de la Prescripción Adquisitiva de Dominio.

El presente problema de investigación es planteado por que a pesar de que ya existen tesis donde se ha señalado la vulneración del derecho de propiedad mediante la prescripción adquisitiva, aún se mantiene vigente en nuestro sistema jurídico, circunstancia que permite siga siendo utilizada como una forma de adquisición de la propiedad de bienes, vulnerando los derechos de los legítimos propietarios.

Asimismo, este tema de investigación fue elegido a raíz de algunos proyectos de autos de abandono que realice como parte de mis actividades de prácticas en el Segundo Juzgado Especializado Civil, donde al revisar un proceso de reivindicación me percate que los derechos relacionados con la propiedad son imprescriptibles sin embargo se permite la adquisición de la misma mediante la prescripción adquisitiva lo cual me parecía contradictorio.

En los apartados que siguen del presente trabajo se definirán los conceptos sobre el derecho de propiedad y la prescripción adquisitiva de dominio, determinando las características y alcances de las mismas. Del mismo modo, se abordará lo que señala la legislación comparada sobre la prescripción adquisitiva de dominio. Finalmente, se analizará si se vulnera el derecho de propiedad mediante la prescripción adquisitiva de dominio y si resulta necesario una modificación al artículo 950 del Código Civil.

2. Problema Principal

¿Mediante la Prescripción Adquisitiva de Dominio se vulnera el derecho de propiedad?

2.1. Problema Conexo

¿Es necesario la modificación del artículo 950 del Código Civil, en el sentido que se derogue la prescripción adquisitiva larga o extraordinaria y se mantenga la prescripción adquisitiva corta o de buena fe?

3. Hipótesis del problema principal:

Si, Mediante la Prescripción Adquisitiva se está vulnerando el derecho a la propiedad.

3.2. Hipótesis del problema conexo

Si, resulta necesario la modificación del artículo 950 del Código Civil, en el sentido que se derogue la prescripción adquisitiva larga o extraordinaria y se mantenga la prescripción adquisitiva corta o de buena fe.

4. Marco teórico-normativo

El principio o perspectiva de los que parto en esta investigación consiste en que, el derecho a la propiedad privada es un derecho fundamental del ser humano, el cual se encuentra protegido por la Constitución Política del Perú, así como el Bloque de Constitucionalidad al cual el país se encuentra adscrito, no obstante, mediante el uso de la prescripción adquisitiva de dominio un poseedor no propietario del bien, puede adquirir la propiedad del mismo, vulnerando de esta forma el derecho a la propiedad del de su legítimo propietario.

La definición de los conceptos básicos relacionado con esta investigación, son los siguientes:

- a) Prescripción Adquisitiva. Es una figura jurídica presente en el Código Civil que permite que un poseedor no propietario pueda adquirir la propiedad de un bien mueble o inmueble, al mantener la posesión en el tiempo y siempre que cumpla con los requisitos de ley.
- b) Usucapiente. Es el poseedor no propietario quien busca la adquisición de la propiedad del bien inmueble mediante la Usucapición o prescripción adquisitiva de dominio.
- c) Vulneración. Se entiende como la transgresión a un derecho determinado, para el cual existe protección legal y se encuentra contenido en el ordenamiento Jurídico o determinado cuerpo normativo.

- d) Derecho de Propiedad. El derecho de propiedad es aquella capacidad jurídica en la que se encuentra una persona respecto de un objeto de su propiedad, para disponer ella conforme a sus intereses, dentro del marco legal.

La relación de normas a analizar son las siguientes:

- Declaración Universal de los Derechos Humanos
- Convención Americana de los Derechos Humanos- Pacto de San José de Costa Rica
- Constitución Política del Perú de 1993
- Código Civil
- Código Procesal Civil

5. Marco metodológico

El tipo de investigación a desarrollar es normativa- jurídica, por cuanto se propone la modificación del artículo 950 del Código Civil.

El método a aplicar en esta investigación es el **método exegético**, el 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. Se analiza el lenguaje empleado, el alcance de este, así como también las reglas gramaticales presentes.

También se empleará el método dogmático, el cual propone investigar el ordenamiento jurídico para saber si está acorde con lo que necesita la sociedad y, de este modo, plantear si fuese necesario modificaciones o mejoras en el ordenamiento jurídico.

Este método consiste en analizar los textos normativos atribuyéndole contenido a las normas jurídicas así como la jurisprudencia específica, por lo que es necesario es estudio de las normas en relación a hechos fácticos.

Estos métodos se aplicarán de la manera siguiente: se evaluará lo establecido en el artículo 950 del Código Civil, así como lo señalado en los cuerpos normativos que conforman el bloque de convencionalidad y la Constitución Política del Perú, para determinar si mediante la prescripción adquisitiva de dominio se vulnera el derecho a la propiedad.

6. Herramientas de recolección de datos

La técnica a utilizarse para la recolección de datos será el análisis documental, el cual consiste en captar, recolectar, extraer, datos con la finalidad de mediante un análisis, el cual debe ser lógico, razonado y coherente, explicar un fenómeno o circunstancia.

7. Conceptos sobre el derecho de propiedad y la prescripción adquisitiva de dominio

7.1. Concepto de propiedad

El concepto de propiedad privada tiene un origen muy antiguo, desde la formación de las primeras sociedades, considerando que este concepto implica que los individuos comprendan que no pueden ejercer su dominio sobre aquellos bienes, que se encuentran bajo el dominio de otros individuos. Por lo tanto, la concepción sobre la propiedad debió originarse desde las primeras formas de sociedad, aunque debe señalarse que el concepto de propiedad no debió existir en esta época como tal, sino que debió tratarse de la idea que se tenía que una cosa le pertenecía a un individuo o le pertenecía a toda la sociedad.

La palabra propiedad tiene el origen etimológico en la palabra del latín *proprietas*, la cual se forma de tres vocablos, *pro*, *privus* y *tas*, el primero tiene como significado ‘movimiento hacia adelante’, el segundo significa ‘algo de uno mismo, que no pertenece al público’ y finalmente el último vocablo indica ‘cualidad’, por lo que uniéndolos se tiene como resultado el significado de “cualidad de ser para uno mismo”.

Asimismo, actualmente la propiedad en el ámbito jurídico se refiere al derecho subjetivo de cada ser humano, el cual recae sobre un objeto o cosa, específico o indeterminado, por el cual la persona tiene facultades para realizar actos respecto del objeto, así como para disponer de éste.

7.1.1. Antecedentes del Derecho a la Propiedad privada

Los antecedentes más relevantes sobre el derecho a la propiedad privada se encuentran en el derecho romano, donde se consideraba a este derecho como un derecho absoluto en el ámbito civil, por otro lado, la concepción respecto al derecho de propiedad cambiaba conforme a las etapas de desarrollo de la sociedad, siendo el último término más generalizado para referirse a ella el término de *proprietas*.

Parece que, en sus orígenes, la propiedad era entendida como un poder absoluto e ilimitado, pero esta idea fue mitigándose conforme avanzaba la sociedad romana (Pedre, 2017).

Asimismo, la propiedad era entendida como aquel dominio que el ciudadano romano podía ejercer sobre cierta cosa o individuo.

En la época medieval la propiedad privada prácticamente no existía, ya que en esta época lo que predominaba era el sistema feudal, donde el señor feudal era el señor de la tierra, quien la administraba y gobernaba, por lo que las personas comunes, tenían la condición de vasallos y se les permitía vivir en las tierras siempre y cuando juren lealtad al señor feudal y paguen el tributo correspondiente, asimismo estaban obligados a servir militarmente al feudo en caso de conflictos con otro señor feudal.

Sin embargo, en la Carta Magna de 1215, firmada por el Rey Juan de Inglaterra en el artículo 39, se señala que “Ningún hombre libre será tomado o aprisionado, desposeído de sus bienes, proscrito o desterrado, o de alguna manera destruido; no Nos dispondremos sobre él, ni lo pondremos en prisión, sino por el juicio legal de sus pares, o por la ley del país” (Carta Magna 1215). Si bien en la época medieval no hubo protección de forma adecuada la propiedad privada, no obstante, con este documento se otorgaba una mínima protección al derecho de propiedad de las personas.

Posteriormente con la revolución francesa de 1789, se publicó en la Francia la Declaración de los Derechos del Hombre y del ciudadano, por la cual se abolió la monarquía absolutista en Francia y se estableció la primera república, teniendo una consecuencia directa el cambio del sistema, abandonando un sistema feudal de la propiedad por uno de características capitalista. Así pues, en el artículo 2 de la mencionada declaración se indica que la propiedad es un derecho imprescriptible que tiene el ser humano, asimismo en el artículo 17 se menciona que la propiedad es un derecho inviolable de características sagradas y nadie puede ser privado de ella (Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano 1789).

7.1.2. El Derecho de Propiedad en la Declaración Universal de los Derechos Humanos

En el artículo 17 de la Declaración universal de los derechos humanos se protege y garantiza el derecho a la propiedad privada, indicado que todo ser humano tiene el derecho a la propiedad ya sea de forma colectiva o individual, asimismo, ninguno puede ser desposeído de su propiedad de manera arbitraria (Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948). En este documento no solo se garantiza la propiedad privada que se

adquiere de forma individual, si no la propiedad privada que se adquiere colectivamente, por otro lado, en este no se precisan causales para vulnerar este derecho, como si se hace en la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, donde se menciona que una persona solo podrá ser privada de su propiedad por causa de necesidad pública, la cual se encuentra condicionada a una indemnización.

La protección a la propiedad colectiva tiene especial relevancia porque ha protegido de forma continua la propiedad de las comunidades indígenas las cuales a medida que avanza el desarrollo han sido invadidas en post del desarrollo de los estados.

7.1.3. El Derecho de Propiedad en la Constitución Política del Perú

La propiedad como un derecho de naturaleza fundamental se encuentra protegido en la Constitución Política del Perú de 1993, en la cual en el numeral 16 artículo 2, se busca proteger el derecho a la propiedad y la herencia, asimismo en el artículo 70 se da un mayor protección a este derecho, indicándose que el derecho a la propiedad es inviolable, el cual debe ejercerse en concordancia con el bien común y dentro de los límites establecidos por la ley, por ende, el único límite para que una persona ejerza sus derechos como propietario de un bien son los establecidos expresamente por la ley, sin embargo, también queda establecido que el accionar del propietario debe estar de acorde con el bien común, por lo que este no puede realizar un ejercicio abusivo de su propiedad en detrimento de otra persona.

Por otro lado, la Constitución establece que, la única forma por la que se privar a una persona de su derecho a la propiedad es por causa de seguridad nacional o necesidad pública, y en todos los casos se debe pagar una indemnización (C.P.P, 1993), esto tiene concordancia con lo establecido en la Declaración de los Derechos del hombre y el ciudadano, donde de la misma forma se indicaba que solo podría vulnerarse el derecho a la propiedad cuando haya una necesidad pública. Esto difiere completamente con lo establecido por el artículo 950 del Código Civil, donde se establece que una persona adquiere puede adquirir la propiedad por prescripción adquisitiva de dominio (C.C. 1984), siempre que cumpla con ciertos requisitos que la ley establece, esto es incompatible con lo señalado en la Constitución Política, máxime aun si se considera que los derechos respecto de la propiedad son imprescriptibles.

7.1.1. El Derecho de Propiedad en el Código Civil Peruano

El derecho de propiedad en el código civil peruano se regula en el artículo 923, donde se establece que la propiedad es aquel poder jurídico que faculta a los individuos

a usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien (C.C., 1984). De ello se concluye que el propietario ejerce cuatro atributos respecto de su propiedad los cuales son el uso, el goce o el disfrute del bien, la facultad de disposición sobre el bien y finalmente la reivindicación.

El primer atributo hace referencia a la aptitud del propietario para darle el uso al bien de conformidad con la naturaleza del mismo. Ello implica que el propietario se mantenga en posesión del bien, aunque este uso podría darse en beneficio del propio propietario o en beneficio de un tercero, pues resulta factible usar un bien en beneficio de un tercero.

El segundo atributo, se refiere al aprovechamiento que tiene el propietario sobre el bien, se le conoce como el *ius fruendi*, esto se realiza cuando el individuo percibe los frutos del bien, estos frutos pueden ser los que provienen de forma física directamente del bien, como las cosechas de una tierra, o civiles, como la renta, de un inmueble.

La facultad de disponer de un bien, es la libertad que tiene el propietario para enajenar el bien, ya sea el uso del bien, sus frutos o el mismo bien, por otro lado, la disposición del bien se da tanto en el ámbito físico del bien como en el ámbito jurídico, ya que la enajenación del bien implica que otro individuo se servía físicamente del bien y además adquiera la titularidad jurídica del mismo.

Finalmente, la reivindicación, es el derecho que solo le asiste al propietario para proteger su propiedad, esto es la acción de recurrir a los órganos de justicia para que se le restituya la propiedad del bien, evitando así que un tercero se apropie del mismo, este es un derecho imprescriptible del individuo propietario.

7.2. Concepto de la Prescripción Adquisitiva de Dominio

Coca (2020) señala que “la prescripción adquisitiva como aquella forma de adquisición originaria de la propiedad a través de la posesión de un bien inmueble por un periodo de tiempo determinado sumado a otros requisitos (posesión continua, pacífica, pública y como propietario)” (Coca 2020).

Berrocal (2018), sobre la prescripción adquisitiva ha indicado que “en la antigüedad se le atribuyó la relevante calificación de patrona del género humano, sobre todo por ser el modo de adquirir la propiedad que mayor seguridad ofrece para perfeccionar el título obtenido en acto de buena fe, o en su caso, para transformar al poseedor directo, real efectivo, en propietario”.

La prescripción Adquisitiva de dominio o también llamada Usucapión, es una de las formas originaria que se tiene de adquirir la propiedad, en donde un poseedor no

propietario de un bien puede ser declarado como propietario del mismo, siempre que haya mantenido la posesión del bien por un periodo de tiempo determinado, y haya cumplido con los requisitos exigidos por la ley.

El fundamento para la existencia de esta figura jurídica es el abandono del bien por parte del propietario, así como la conducta negligente que ha tenido en la administración del mismo, por lo que se permite que otro adquiera la propiedad del bien por la posesión continuada en el tiempo.

Asimismo, la prescripción adquisitiva de dominio encuentra su justificación en la necesidad de la seguridad jurídica en el tráfico jurídico de bienes, por lo que se busca convertir una situación de hecho, en una situación jurídica.

7.2.1. La Prescripción Adquisitiva de Dominio en el Código Civil

El código Civil Peruano establece las condiciones y requisitos que deben cumplirse para adquirir una propiedad inmueble mediante la prescripción adquisitiva de dominio, así pues, en el artículo 950 del Código Sustantivo, se ha dispuesto que “La propiedad inmueble se adquiere por prescripción mediante la posesión continua, pacífica y pública como propietario durante diez años. Se adquiere a los cinco años cuando median justo título y buena fe” (C.C. 1984).

Por lo tanto, es necesario que el poseedor se mantenga en posesión del bien inmueble durante este periodo de tiempo, cuando tenga un justo título serán 5 años y cuando no lo tenga serán de 10 años, asimismo se le exige que actúe como propietario del bien inmueble, es decir realice todas las conductas de administración del bien inmueble.

Asimismo, los requisitos que el poseedor, uscapiente debe cumplir son los siguientes: la posesión debe ser continua, pacífica y pública, además de actuar como propietario.

Respecto de la posesión continua, hace referencia a que ésta debe darse a través del transcurso del tiempo, sin intermitencias, ni interrupciones, siendo necesario que el poseedor acredite que desde la fecha en la cual tomo posesión de bien inmueble, hasta la fecha en solicita se declare como propietario ha mantenido la posesión del bien de forma ininterrumpida, haciendo uso o disfrute del bien inmueble.

Hurtado (2018), sobre la posesión continua, ha señalado que “es aquella que no ha sido ininterrumpida, y le poseedor no ha sido privado del goce de la cosa, o la persona que prescribe reconozca el derecho de propiedad de forma expresa o tácita del legítimo propietario”.

Respecto del requisito de la posesión pacífica, se entiende como situación donde el poseedor del bien no sufra perturbaciones, ni alteraciones a la posesión, sin embargo, ello no implica que el poseedor no pueda ejercer la fuerza para la defensa del bien, ya que estas son facultades le son otorgadas por la propia ley, justamente por tener la condición de poseedor, asimismo en la Casación 2434-2014-Cusco, se ha señalado que “la pacificidad no se ve afectada por la remisión de cartas notariales o el inicio de procesos judiciales, pues ello que los actos que realicen supongan un uso de la fuerza para ejercer la posesión del bien” (2014).

Otro de los requisitos que debe cumplir el poseedor para ser declarado propietario mediante la prescripción adquisitiva es mantener una posesión pública, entendiéndose la misma como aquella conducta de dominio público que el poseedor realiza sobre, por lo que debe comportarse como propietario aun sin serlo, asimismo los terceros deben de considerarlo como tal.

Como indica Coca (2020), “La posesión pública implica que el ejercicio de alguno de los atributos del derecho de propiedad, ya sea el uso o el disfrute, puedan ser advertidos por las personas que moren cerca al inmueble o pasen por sus alrededores”.

Además, es indispensable que el poseedor actúe y se comporte como propietario del bien, ejerciendo aquellas facultades de las cuales goza quien tiene una propiedad, como lo son el uso y el disfrute del bien, siendo esta conducta el *animus domini*, es decir, poseer la cosa, como si fuese suya.

En la Casación 3642-2015- Lima, se indica respecto del *animus domini* “como un elemento subjetivo, el cual equivale a la intención de poseer como propietario. Se usa para indicar la voluntad del poseer para tratar la cosa como propia” (2015).

7.2.1. Tipos de Prescripción Adquisitiva

Conforme lo dispone el artículo 950 del Código Civil, existen dos formas de prescripción adquisitiva.

7.2.2. Prescripción Adquisitiva Larga o Extraordinaria

El poseedor adquiere la propiedad mediante la prescripción adquisitiva larga o extraordinaria cuando posee el bien, sin un justo título que justifique su posesión del bien, por ende, el periodo de tiempo para que solicite la prescripción adquisitiva de dominio es de 10 años de haber mantenido la posesión cumpliendo los requisitos ya antes descritos. En este caso se está frente a un posesionario que ha ingresado al bien y se encuentra haciendo uso o disfrute de este aún sabiendo que es un bien ajeno.

En este caso el plazo es de 10 años porque se entiende que no existe una buena fe en la conducta del poseedor.

7.2.3. *Prescripción Adquisitiva Corta o de Buena Fe*

En este caso el poseedor tiene un justo título el cual justifica su posesión en el bien y el periodo de tiempo necesario para solicitar la prescripción adquisitiva corta son de cinco años, conforme lo dispone el artículo 950 del Código Civil.

Respecto del justo título, debe entenderse como aquel acto jurídico donde se transfiere la propiedad del bien inmueble al poseedor, sin embargo, adolece de vicios que afectan su eficacia jurídica, por lo tanto, es un acto jurídico ineficaz pero no inválido. En este contexto el poseedor accede a la posesión del bien en virtud de este acto jurídico ineficaz, mediante el cual se le ha otorgado el justo título, como lo señala el código civil.

Para Coca (2020), “quien transfiere el bien podría tener el *uso* y el *disfrute* sobre el mismo, pero de ninguna manera la *disposición*. Por lo tanto, podría tener cualquier otro derecho real sobre el bien (uso y habitación, usufructo, superficie, servidumbre, etc.) menos el de propiedad”.

Debe señalarse que el acto jurídico no debe estar inmerso en causales de nulidad absoluta, pues ello implicaría que el acto jurídico nunca existió, por lo tanto, sus efectos jurídicos no surtieron efectos y nunca surtirán los efectos jurídicos para los cuales fue celebrado, por lo que sería imposible justificar la existencia de un justo título, por otro lado, existe un justo título cuando los actos jurídicos adolecen de nulidad relativa.

Uno de los requisitos indispensables en la prescripción adquisitiva corta es la buena fe, esto vendría la creencia por parte del adquirente o comprador, que quien le vende el bien inmueble es el legítimo propietario del mismo, por ende, tendría, todos los atributos para disponer del mismo, además es indispensable que el comprador se comporte como el propietario del bien inmueble.

7.2.4. *Prescripción Adquisitiva de Bienes muebles*

La prescripción Adquisitiva de bienes muebles se encuentra regulada en el artículo 951 del Código Sustantivo, el cual establece que “la adquisición por prescripción adquisitiva de un bien mueble requiere la posesión, continua, pacífica y pública durante dos años, si hubiese buena fe, serán cuatro años si no la hay” (C.C. 1984).

En este caso los requisitos son similares a la prescripción adquisitiva de bienes inmuebles, sin embargo, en lo que se diferencian ambas es en el periodo de tiempo requerido para que se pueda adquirir la propiedad.

8. Vulneración del Derecho de Propiedad mediante la prescripción adquisitiva de dominio en el derecho comparado

En el presente capítulo se analizará la regulación de la prescripción adquisitiva de dominio en los siguientes sistemas normativos.

8.1. Argentina

En el Código Civil y Comercial de la Nación se señala que “la prescripción para adquirir es el modo por el cual el poseedor de una cosa adquiere un derecho real sobre ella, mediante la posesión durante el tiempo fijado por la ley” (Código Civil y Comercial de la Nación, 2014). En el derecho argentino se le conoce como, con respecto a la prescripción adquisitiva de derechos reales con justo título y buena fe se produce sobre inmuebles por la posesión durante diez años. En ese sentido la diferencia con lo señalado en el Código Civil Peruano radica en el periodo de tiempo exigido.

Referente a la prescripción adquisitiva larga se señala que, de no existir justo título o buena fe, el plazo es de veinte años. Además, no se permite formular contra el adquirente la falta o nulidad del título o de su inscripción, ni la mala fe de su posesión. Entendiéndose ello en el proceso judicial mediante el cual el poseedor peticiona se le declare propietario.

Asimismo, los plazos de posesión se heredan. El heredero puede continuar la posesión de su causante. El sucesor particular puede unir su posesión a la de sus antecesores, siempre que derive inmediatamente de las otras. En la prescripción breve las posesiones unidas deben ser de buena fe y estar ligadas por un vínculo jurídico.

Referente al justo título se tiene que para la prescripción adquisitiva es el que tiene por finalidad transmisión de un derecho real principal que se ejerce por la posesión, el cual se encuentra revestido de las formas exigidas para su validez, no obstante, su otorgante no es capaz o no está legitimado para realizar dicho acto. La buena fe requerida en la relación posesoria consiste en no haber conocido ni podido conocer la falta de derecho a ella.

8.2. Colombia

En el código Civil colombiano respecto de la prescripción adquisitiva señala que “se gana por prescripción el dominio de los bienes corporales, raíces o muebles, que están en el comercio humano, y se han poseído con las condiciones legales” (Código Civil de Colombia, 1873).

Por otro lado, no se puede peticionar la prescripción adquisitiva contra un título inscrito, a menos que sea, en virtud de otro título inscrito.

Se diferencian dos formas de interrupción de la posesión la forma natural y la forma civil, respecto de la primera se produce:

- a) Cuando sin haber pasado la posesión a otras manos, se ha hecho imposible el ejercicio de actos posesorios, como cuando una heredad ha sido permanentemente inundada.
- b) Cuando se ha perdido la posesión por haber entrado en ella otra persona. La interrupción natural de la primera especie no produce otro efecto que el de descontarse su duración; pero la interrupción natural de la segunda especie hace perder todo el tiempo de la posesión anterior; a menos que se haya recobrado legalmente la posesión, conforme a lo dispuesto en el título De las acciones posesorias, pues en tal caso no se entenderá haber habido interrupción para el desposeído.

Mientras que la Interrupción civil es todo recurso judicial intentado por el propietario o aquel que se cree dueño del bien o de la cosa, contra el poseedor. Solo aquella persona que ha utilizado este recurso el podrá alegar que el plazo de posesión ha sido interrumpido la interrupción.

Asimismo, se verifican, al igual que en nuestro ordenamiento normativo dos formas de prescripción adquisitiva ordinaria o extraordinaria. La primera de ellas requiere la posesión de 3 años sobre los bienes muebles y de 5 años cuando se trate de bienes raíces.

También en el Código Civil Colombiano (1873), se han establecido los siguientes requisitos, cuando se trata de solicitar la prescripción adquisitiva larga o extraordinaria:

- a) Para la prescripción extraordinaria no es necesario título alguno.
- b) Se presume en ella de derecho la buena fe sin embargo de la falta de un título adquisitivo de dominio.

- c) Pero la existencia de un título de mera tenencia, hará presumir mala fe, y no dará lugar a la prescripción, cuando se pretende dueño no pueda probar que en los últimos diez (10) años se haya reconocido expresa o tácitamente su dominio por el que alega la prescripción.

8.3. Chile

De la misma forma que en el código civil de Colombia en Chile no procede la prescripción contra un título inscrito de bienes raíces, o de derechos reales constituidos en éstos, sino en virtud de otro título inscrito; ni empezará a correr sino desde la inscripción del segundo.

Por otro lado, se divide la prescripción adquisitiva en ordinaria y extraordinaria.

Para adquirir la primera de ellas se debe poseer el bien por el tiempo necesario de dos años para los muebles y de cinco años para los bienes raíces.

Asimismo, se han previsto causas de suspensión tales como, no pueden recurrir a ella los siguientes:

- a) Los menores; los dementes; los sordomudos; y todos los que estén bajo potestad paterna, o bajo tutela o curaduría;
- b) La mujer casada en sociedad conyugal mientras dure ésta;
- c) La herencia yacente. No se suspende la prescripción en favor de la mujer divorciada o separada de bienes, respecto de aquellos que administra. La prescripción se suspende siempre entre cónyuges.

Respecto a la prescripción adquisitiva extraordinaria, en el Código Civil Chileno (1855), se señala:

- a) Para la prescripción extraordinaria no es necesario título alguno.
- b) Se presume en ella de derecho la buena fe, sin embargo, de la falta de un título adquisitivo de dominio.
- c) Pero la existencia de un título de mera tenencia hará presumir mala fe, y no dará lugar
- d) a la prescripción, a menos de concurrir estas dos circunstancias:
- e) Que el que se pretende dueño no pueda probar que en los últimos diez años se haya reconocido expresa o tácitamente su dominio por el que alega la prescripción; que el que alega la prescripción pruebe haber poseído sin

violencia, clandestinidad ni interrupción por el mismo espacio de tiempo. También se señala que todo derecho para reclamar la propiedad se extingue se pierde la misma por la prescripción adquisitiva.

9. La derogación de la prescripción adquisitiva larga o extraordinaria contenida en el artículo 950 del código civil peruano

9.1. Discusión sobre la Imprescriptibilidad de los Derechos de Propiedad

El derecho de propiedad es un derecho fundamental que guarda relación con la libertad personal, pues a través de él se expresa la libertad económica que tiene toda persona en el Estado social y democrático de derecho. Mediante este derecho se garantiza la existencia e integridad de la propiedad, ya sea corporal o incorporal, para el propietario, así como el desarrollo económico, social y democrático. Por lo tanto, la Constitución Política establece en su artículo 70 que es un derecho inviolable y que ésta lo garantiza.

El Tribunal Constitucional ha señalado en la sentencia recaída en el expediente N. 05614-2007-PA/TC, el derecho de propiedad se caracteriza, entre otras cosas, por ser:

a) Un derecho pleno, en el sentido de que le confiere a su titular un conjunto amplio de atribuciones que puede ejercer autónomamente dentro de los límites impuestos por el ordenamiento jurídico y los derechos ajenos; y, b) un derecho irrevocable, en el sentido de reconocer que su extinción o transmisión depende de la propia voluntad del titular y no de la realización de una causa extraña o del solo querer de un tercero, salvo las excepciones que prevé expresamente la Constitución Política.

Asimismo, las características de los Derechos son fundamentales son las siguientes:

- **Derechos Innatos o Inherentes.** Esto quiere decir que los derechos le pertenecen a cada individuo de la especie humana, por el solo hecho de nacer como tal. Son naturales, pertenecen al ser humano de la misma forma como le es propio su cuerpo.
- **Derechos Universales.** Los derechos fundamentales les pertenecen a todos los seres humanos, sin distinción alguna. Todo individuo goza de ellos, no importa el lugar, la religión, el país u otras características ajenas a la naturaleza humana que lo hagan diferente.
- **Derechos Igualitarios.** Todos los seres humanos gozan de los mismos derechos, por lo tanto, nadie puede imponer sus derechos por sobre otros.

- **Derechos Absolutos.** Los derechos fundamentales emanan de la dignidad, y como no se puede restringir o limitar la dignidad humana, entonces tampoco los derechos se pueden restringir. De allí que se diga que son absolutos. Los estados solo los reconocen sin embargo la existencia de estos no se determina por la existencia del estado.
- **Derechos Inalienables.** Nadie puede enajenarlos a otro, ni nadie podrá privar de ellos a otro. Por lo mismo, son irrenunciables e inviolables.
- **Derechos Irrenunciables.** Son derechos inherentes a la existencia y naturaleza del ser humano, por lo tanto, las personas se encuentran impedidas de renunciar a ellos. De renunciar a ellos sería nulo.
- **Derechos inviolables.** Que sean inviolables significa que no pueden ser vulnerados, afectados, violados. Implica una esfera de inviolabilidad, que los transforma en prerrogativas que deben ser respetadas por todos los sujetos que se vinculen con los titulares.
- **Derechos Indivisibles.** La dignidad humana es indivisible, es una sola unidad y por lo mismo, debe ser protegida íntegramente. Si cada derecho representa un área diferente de dicha dignidad, entonces los derechos también son divisibles.
- **Derechos Imprescriptibles,** es decir son derechos que no se pierden por no haberlos reclamados o por no ejercerlos por cierto tiempo.

9.2. La prescripción adquisitiva y la Vulneración del Derecho de Propiedad

Como se ha señalado anteriormente la propiedad es un derecho fundamental los cuales tienen como una de sus características la imprescriptibilidad, asimismo este derecho se encuentra garantizado y protegido en el artículo 70 de la Constitución Política del Perú, por otro lado, en el artículo 968 del Código Civil se han establecido los supuestos por los cuales se extingue la propiedad; el primer de esto supuesto es que la propiedad haya sido adquirida por otra persona, no se señala expresamente que la transferencia de la propiedad la debe realizar el propietario del bien, sin embargo, al ser este quien ostenta el título de propietario y quien goza de los atributos como propietario del bien, se entiende que la única forma de que otra persona adquiera la propiedad es que su legítimo propietario le transfiera lo mismo, ello no implica que éste tenga que participar del acto jurídico de transferencia de la propiedad, sino que se encuentre de acuerdo con esto y haya expresado su consentimiento.

El segundo supuesto de extinción de la propiedad es la destrucción del bien o pérdida total o consumo del bien, se entiende que ante estos hechos el bien ha dejado de existir, como tercer supuesto se tiene a la expropiación, la cual también se encuentra contemplada en la Constitución Política del Perú, la cual solo procede cuando se trate de la seguridad nacional o necesidad pública.

Finalmente, el último de los supuestos de extinción de la propiedad es que el propietario haya abandonado el bien por veinte años, en cuyo caso este pasará directamente bajo el dominio del Estado.

La prescripción adquisitiva de dominio se ubica en el primer supuesto, toda vez que se tiene como premisa, que el usucapiente adquiere la propiedad por haberla adquirido al comportarse como propietario durante un cierto periodo de tiempo, sin embargo, al permitir esto implica desconocer el derecho del legítimo propietario del bien, ya que como se ha mencionado, es este el único que puede realizar los actos de disposición de sus bienes.

Si bien la prescripción adquisitiva se justifica en la necesidad social de generar mayor seguridad jurídica, al formalizar una situación de hecho, esto no puede darse en detrimento de la propiedad de otra persona, a quien se le perjudica al privándosele de su propiedad, derecho protegido y garantizado por disposiciones contenidas en normas de mayor jerarquía y el bloque de constitucional como son la Constitución política del Perú, la Convención Americana de Derechos Humanos y la declaración Universal de los derechos Humanos.

9.3. Análisis sobre la modificación del artículo 950 del Código Civil en el sentido que se derogue la prescripción adquisitiva de dominio larga

El artículo 950 del Código Civil establece que “la propiedad inmueble se adquiere por prescripción mediante la posesión continua, pacífica y pública como propietario durante diez años. Se adquiere a los cinco años cuando median justo título y buena fe” (1984).

Lo que se cuestiona es la adquisición de la propiedad solo por el hecho de poseer el bien, sin tener un título que justifique dicha posesión, como suele ocurrir por ejemplo con los predios invadidos. Por lo tanto, el contenido del artículo precitado respecto a la prescripción adquisitiva cuando existe un justo título y buena fe, no debe ser modificado, ni mucho menos derogado.

Como ya ha sido desarrollado anteriormente el justo título implica que el acto jurídico mediante el cual se ha transferido la propiedad, contempla lo requisitos exigidos para que este sea válido, conforme al artículo 140 del Código Civil, sin embargo, por diversas causas puede que el acto jurídico resulte ineficaz, consecuentemente que no produzca los efectos jurídicos esperados.

Asimismo, considera que debe mantenerse este extremo del artículo porque exige la existencia de la buena fe, consistiendo la misma en la creencia, convicción que debe tener el adquirente de que, quien le está transfiriendo el bien es el legítimo propietario del mismo. Por lo tanto, se entiende que el adquirente toma posesión del bien creyéndose propietario del mismo, lo que no ocurre en el primer supuesto, donde el poseedor ingresa al bien a sabiendas que no le pertenece.

9.4. Texto que debería tener el artículo 950

El artículo 950 del Código Civil ser de la siguiente manera:

Artículo 950.- Prescripción Adquisitiva

La propiedad inmueble se adquiere por prescripción mediante la posesión continua, pacífica y pública como propietario durante cinco años cuando quien posee lo hace con justo título y buena fe.

10. Conclusiones

La propiedad es un derecho fundamental de la persona, asimismo es reconocido y protegido en la Constitución Política del Perú, así como en los diversos, acuerdos, pactos o tratados internacionales, los cuales el Perú ha suscrito, por lo tanto, nuestro ordenamiento jurídico debe ser coherente con estas disposiciones de mayor jerarquía, y derogar o modificar aquellas figuras jurídicas que usan para vulnerar derechos fundamentales, como es la propiedad en el presente caso.

La figura jurídica de la prescripción adquisitiva de dominio larga o extraordinaria, vulnera el derecho de propiedad, toda vez que, a través de ésta, se está privando a un legítimo propietario de su propiedad, pretendiendo justificar ello, con el abandono del bien por parte del propietario y la necesidad de una necesidad social y jurídica que otorga el poseedor, no obstante, al permitir que esto ocurra, se garantiza que aquellas personas que toman posesión ilegítimamente de bienes que saben que les pertenecen, tengan la posibilidad transcurrido un periodo de tiempo de adquirir la propiedad estos bienes, vulnerándose el derecho de quien sea legítimamente propietario.

REFERENCIAS

- Berrocal, E. (2018). *La Prescripción Adquisitiva de Dominio y sus implicancias y el Derecho a la Propiedad en Sede Notarial* [Tesis para optar el grado de magíster, Universidad Inca Garcilaso de la Vega]. Repositorio Institucional UIGV. <http://repositorio.uigv.edu.pe/handle/20.500.11818/3861>
- Coca, S. (2020, 27 de agosto). ¿Qué es la prescripción adquisitiva de dominio? Bien explicado. *Lp Pasión por el Derecho*. https://lpderecho.pe/prescripcion_adquisitiva_de_dominio-derechos-reales/
- Código Civil. (1984, 14 de noviembre). <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2020/03/C%C3%B3digo-civil-03.2020-LP.pdf>
- Código Civil y Comercial de la Nación. (2014, 8 de octubre). http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo/Codigo_Civil_y_Comercial_de_la_Nacion.pdf
- Código Civil de la República de Chile. (1855, 14 de diciembre). <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1803.pdf?view=1>
- Código Civil de Colombia. (1873, 26 de mayo). https://www.oas.org/dil/esp/codigo_civil_colombia.pdf
- Carta Magna. (1215, 15 de junio). Apuntes jurídicos en la WB. https://jorgemachicado.blogspot.com/2010/07/cmt.html#_Toc80091051
- Casación 2434-2014-Cusco. (2014). Sala Civil Permanente (J. Manuel Fajardo Julca). https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2018/09/Casaci%C3%B3n-2434-2014-Cusco-legis.pe_.pdf
- Casación 3246-2015-LIMA. (2015). Sala Civil Permanente (De la Barra Barrera). <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2018/01/Legis.pe-Casacion-3246-2015-lima-Animus-domini-como-requisito-para-la-prescripcion-adquisitiva-de-dominio.pdf>
- Declaración Universal de Derechos Humanos. (1948, 10 de diciembre). <https://www.ohchr.org/en/human-rights/universal-declaration/translations/spanish>
- Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. (1789, 26 de agosto). <https://www.cndh.org.mx/index.php/noticia/se-aprueba-la-declaracion-de-los-derechos-del-hombre-y-del-ciudadano#:~:text=El%2026%20de%20agosto%20de,las%20Naciones%20Unidas%20en%201948>
- Hurtado, I. (2018, 20 de julio). La posesión como presupuesto de la prescripción. <https://bdg.com.mx/la-posesion-como-presupuesto-de-la-prescripcion-adquisitiva-de-un-bien/>

José, V. (2022, 11 de octubre). Texto Completo de la Carta Magna de 1215. <https://jorgemachicado.blogspot.com/2010/07/cmt.html>

La propiedad y sus atributos desde el derecho civil. (2022, 10 de octubre). *LP Pasión por el Derecho*. <https://lpderecho.pe/propiedad-atributos-desde-derecho-civil/>

Naciones Unidas. (2022, 10 de octubre). Declaración Universal de los Derechos Humanos. <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>

Sentencia N. 05614-2007-PA/TC. (2007). Tribunal Constitucional (Vergara Goteli). <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/05614-2007-AA.pdf>

Pedre, I. (2017). *La propiedad en el Derecho Romano: origen y desarrollo* [Tesis para optar el grado de Bachiller en derecho, Universidad de Salamanca]. Repositorio GREDOS. <http://hdl.handle.net/10366/136867>



EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA DE LOS PUEBLOS ORIGINARIOS E INDÍGENAS EN EL PERÚ: ¿UNA REALIDAD UTÓPICA?

*Adriana Reátegui Mendoza**
Universidad Católica Sedes Sapientiae
2018101242@ucss.pe

Resumen: Por un lado, la consulta previa es un derecho de los pueblos autóctonos, el cual establece que deben ser consultados por el Estado toda vez que se deseen implementar medidas administrativas o legislativas que puedan vulnerarlos de manera directa. Por otro, es un mecanismo legal de diálogo intercultural y participación activa, el cual debe prever información clara y concisa para que sus puntos de vista, intereses y necesidades sean tomados en cuenta en todo momento. Sin embargo, durante los años posteriores a su regulación en nuestra legislación, ha sido bastante común encontrarnos con todo tipo de vulneraciones frente a los derechos fundamentales de estas colectividades, por lo que podemos asegurar que no se encuentra protegido en su totalidad.

Palabras clave: Pueblo, consulta, Estado, cultura, participación, comunidades, originarios, indígenas, autóctonos.

THE RIGHT TO PRIOR CONSULTATION OF NATIVE AND INDIGENOUS PEOPLES IN PERU: A UTOPIAN REALITY?

Abstract: On the one hand, prior consultation is a right of indigenous peoples, which establishes that they must be consulted by the State whenever it wishes to implement administrative or legislative measures that may directly affect them. On the other hand, it is a legal mechanism for intercultural dialogue and active participation, which must provide clear and concise information so that their points of view, interests and needs are taken into account at all times. However, during the years following its regulation in our legislation, it has been quite common to find all kinds of violations of the fundamental rights of these communities, so we can ensure that it is not protected in its entirety.

Keywords: People, consultation, State, culture, participation, communities, original, indigenous, autochthonous.

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

1. Introducción

La poca información, interés y publicidad acerca del derecho a la consulta previa resulta sumamente indignante. Si bien es cierto, existen normas que lo avalan, pero el desconocimiento por parte de la sociedad frente a este tema, brinda las facilidades para que sea fuertemente vulnerado por el Estado. Los principales objetivos de la presente investigación se basan en identificar las barreras y obstáculos que afectan la ejecución total del derecho a la consulta previa en el Perú; determinar los mecanismos utilizados en el proceso de consulta previa en relación a las medidas administrativas y legislativas que se pretendan llevar a cabo; establecer propuestas de mejora y soluciones factibles para entablar un procedimiento de consulta eficiente y estatuir pautas que aseguren su participación activa.

La primera parte del artículo jurídico, versará acerca de las cuestiones preliminares del derecho a la consulta previa. Se tocarán puntos tales como su contenido en general, los antecedentes históricos, los principios y los criterios de identificación.

En ese sentido, en la segunda parte del presente trabajo de investigación, abordará el derecho comparado de la consulta previa. Se tomará en cuenta la legislación de países, tales como Bolivia, Ecuador y Colombia, para su correspondiente comparación legal con el Perú.

Por último, se referirá al derecho de consulta previa específicamente en nuestro país. Se desarrollarán puntos como su marco normativo, casos concretos, problemas que afectan su correcto ejercicio y las medidas que se podrían implementar para garantizar una consulta previa efectiva, la cual asegure el debido cumplimiento de este derecho.

2. Problema e hipótesis

El problema principal es el siguiente: ¿El derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas u originarios está suficientemente protegido por la actual legislación peruana?

La hipótesis es la siguiente: El derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas u originarios no está suficientemente protegido por la actual legislación peruana.

3. Marco metodológico

El presente trabajo de investigación es de tipo dogmático – jurídico y socio – jurídico. Los métodos que se aplicarán serán el método exegético, el método dogmático y el método comparatista. Cabe mencionar que el método exegético se utiliza para interpretar leyes y determinar su significado original. Con esto, se pretende interiorizar y comprender a

fondo la legislación de nuestro país que esté relacionada con el tema de investigación a desarrollar. A la vez, el método dogmático se basa en la aplicación de la lógica y la argumentación jurídica para analizar las normas y principios del derecho. Por lo que se podrá concretar un análisis interpretativo de las normas existentes que se encuentren concatenadas con la consulta previa en el país. Además, el método comparatista se basa en la aproximación o enfoque que implica comparar distintas realidades existentes en el espacio en el que vivimos para contrastar semejanzas y diferencias pertinentes. Bajo esa premisa, se tomarán en cuenta legislaciones pertenecientes a América Latina y su implicancia en el derecho a la consulta previa. Finalmente, la herramienta de recolección de datos será el análisis documental, el cual examina y analiza documentos relevantes para recopilar datos que aporten a la investigación que se está llevando a cabo.

4. Marco teórico – normativo

El presente trabajo de investigación parte de la perspectiva de que el derecho a la consulta previa es un derecho fundamental que debe ser respetado por todos los miembros de nuestra sociedad. En este sentido, este derecho no está suficientemente protegido por la normatividad existente en el país. Los mecanismos que se utilizan previamente a la ejecución de medidas administrativas y legislativas no aseguran la transparencia, eficacia y garantía de la participación activa de la población de estas zonas, lo que podría dar lugar a la vulneración de sus derechos fundamentales, tanto individuales como colectivos.

Para la comprensión del tema, es necesario tener en cuenta las siguientes definiciones:

- **Acta de Consulta:** Instrumento público que contiene los acuerdos que se alcancen como resultado del proceso de consulta, así como todos los actos y ocurrencias desarrollados durante el proceso de diálogo intercultural. (Ministerio de Cultura, 2017).
- **Derechos Colectivos:** Derechos que por su naturaleza no son de titularidad de un individuo, sino que corresponden a todos o a un grupo. (Ministerio de Cultura, 2017).
- **Pueblo Indígena u Originario:** Pueblo que descende de poblaciones que habitaban en el país en la época de la colonización y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conserven todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas; y que, al mismo tiempo, se auto reconozca como tal. (Ministerio de Cultura, 2017).

Las normas a analizar en el presente tema de investigación serán las siguientes: Constitución Política del Perú; Ley N. 29785 – Ley de la Consulta Previa y su Reglamento y el Convenio N. 169 de la OIT.

5. Cuestiones generales

5.1. Antecedentes históricos del derecho a la consulta previa

A lo largo de la historia, el derecho a la consulta previa ha tenido un desarrollo bastante notorio. Dentro de ámbito del derecho internacional, se han desencadenado múltiples eventos históricos que han dado cabida a la implementación, desarrollo y trascendencia de instrumentos internacionales, orientados a proteger y amparar los derechos fundamentales y colectivos de los pueblos autóctonos. Los acontecimientos que han impulsado grandemente los avances de este derecho son:

La Declaración Universal de los Derechos Humanos¹ (1948), constituye un hito trascendental en la evolución del derecho internacional de los derechos humanos. A pesar de que no hace una referencia explícita al derecho a la consulta previa, sienta las bases para su reconocimiento al consagrar el derecho de los individuos a participar en las decisiones que los afecten directamente y que puedan tener un impacto significativo en sus vidas y comunidades.

La Declaración de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente² (1972), representa un importante avance en el ámbito del derecho internacional ambiental al reconocer el derecho de las personas a participar activamente en la toma de decisiones relativas a cuestiones ambientales que los involucren. Aunque no haga mención expresa a los pueblos indígenas u originarios, estableció las bases para el reconocimiento del derecho a la participación y consulta en asuntos medioambientales.

El Convenio N. 169 de la OIT sobre los Pueblos Indígenas y Tribales³ (1989), establece el deber que tiene el Estado de consultar a los pueblos autóctonos antes de adoptar medidas legales o administrativas que los puedan llegar a afectar directamente. Se basa en el reconocimiento de los derechos colectivos de las comunidades, en relación con sus tradiciones, instituciones y formas de vida.

¹ Declaración Universal de Derechos Humanos. Asamblea General de las Naciones Unidas. Adoptada el 10 de diciembre de 1948.

² Declaración de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente. Asamblea General de las Naciones Unidas. Adoptada el 16 de junio de 1972.

³ Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre los Pueblos Indígenas y Tribales, adoptado el 27 de junio de 1989.

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas⁴ (2007), establece un marco jurídico amplio que consagra los derechos individuales y colectivos de los pueblos indígenas. Reconoce y garantiza una serie de derechos fundamentales para la protección y promoción de los pueblos nativos, en relación con los principios universales de los derechos humanos.

El caso Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador⁵ (2012), es significativo porque fortalece la protección de los derechos territoriales, culturales y ambientales de las comunidades nativas. Esta decisión jurisprudencial fortalece los principios fundamentales de los derechos humanos y destaca la importancia del consentimiento previo, libre e informado en las decisiones que afecten a las comunidades indígenas y al medio ambiente.

La Conferencia Mundial sobre Pueblos Indígenas⁶ (2014), constituye un evento trascendental en el reconocimiento y promoción de los derechos nativos a nivel mundial. Es un valioso recurso para abogar por el reconocimiento y respeto de los derechos indígenas, abordando aspectos como los derechos colectivos, la participación y consulta, la discriminación y exclusión y el desarrollo sostenible.

5.2. Contenido del derecho a la consulta previa

Según el Ministerio de Cultura del Perú (2019), la consulta previa es un diálogo entre el Estado y los pueblos autóctonos, su objetivo es entablar tratados positivos sobre medidas administrativas o legislativas que puedan llegar a afectar sus derechos, tanto personales como colectivos. En el ejercicio de este derecho se busca incorporar sus puntos de vista, opiniones e intereses en las medidas relacionadas con sus derechos colectivos, cuando se considere que podría existir posibilidad de vulnerar sus derechos fundamentales. Es vital que sea un proceso vinculante, es decir, que sus opiniones sean consideradas al momento de la toma de decisiones por parte del Estado.

Respecto a ello, la autora Soledad García Muñoz, manifiesta que

Como parte de los derechos económicos, sociales y culturales debe garantizarse el derecho a la identidad cultural, es decir, debe protegerse la cultura como forma de vida. En consecuencia, los Estados deben adoptar las medidas necesarias para proteger la identidad de las minorías, lo que incluye el derecho de los pueblos

⁴ Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Asamblea General de las Naciones Unidas. Adoptada el 13 de setiembre del 2007.

⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Kichwa de Sarayacu vs. Ecuador. Sentencia del 27 de junio de 2012.

⁶ Conferencia Mundial sobre Pueblos Indígenas. Declaración final de la Conferencia Mundial sobre Pueblos Indígenas, 22-23 de setiembre de 2014. Nueva York, Estados Unidos.

indígenas a emplear su propio idioma, el derecho a su libre determinación, el derecho a ser consultados respecto a las decisiones que pudieran afectarlos, el respeto de sus tradiciones y costumbres, y el derecho a la propiedad y posesión de sus tierras ancestrales, entre otros. (2021, p. 76)

El derecho primordial a la igualdad y no discriminación debe garantizar que los pueblos indígenas u originarios sean tratados de manera justa y equitativa, sin sufrir ningún tipo de discriminación por su origen étnico o cultural. La igualdad implica que todos los grupos involucrados sean considerados de manera igualitaria y tengan la misma oportunidad de participar y expresar sus opiniones en la toma de decisiones. El derecho a la preservación cultural y espiritual es un principio fundamental que se aplica a las personas pertenecientes a los pueblos originarios e indígenas, reconociendo y protegiendo su identidad cultural, sus tradiciones ancestrales y su conexión espiritual con el entorno. Este derecho abarca no solo el respeto y la valoración de sus creencias, costumbres y prácticas culturales, sino también la garantía de su participación efectiva y significativa durante todo el proceso. El derecho a la información y transparencia es un principio fundamental que se encuentra arraigado en el ámbito jurídico, y su importancia radica en la protección de la privacidad e intimidad de las personas involucradas en cualquier proceso de consulta previa. Este derecho es un pilar fundamental en el marco legal de numerosos países y se encuentra respaldado por diversos instrumentos internacionales. En el contexto de la consulta previa, el respeto a la privacidad e intimidad de las personas adquiere una relevancia especial. La buena fe y el diálogo constructivo son principios fundamentales que deben regir con el propósito de promover una relación equitativa y respetuosa entre los pueblos originarios e indígenas y las autoridades competentes.

Estos principios implican la necesidad de llevar a cabo la consulta de manera transparente, inclusiva y participativa, fomentando un ambiente propicio para la generación de acuerdos mutuamente satisfactorios. El diálogo constructivo implica la apertura a la comunicación bidireccional, donde todas las partes involucradas puedan expresar sus puntos de vista y argumentos de manera respetuosa y en un ambiente de confianza. Es esencial que se promueva un espacio de diálogo inclusivo, donde los pueblos indígenas puedan participar activamente y contar con el tiempo y los recursos necesarios para expresar sus opiniones de forma informada y fundamentada.

5.3. Criterios de identificación de los pueblos indígenas u originarios

Los criterios utilizados para identificar y definir a las comunidades autóctonas desempeñan un papel fundamental en la determinación de su condición como indígenas u originarios. Estos criterios, que pueden variar según el contexto y la legislación de cada país, se basan en una serie de aspectos considerados como puntos de referencia.

El autor Rodolfo Stavenhagen manifiesta:

Un enfoque de derechos humanos permite identificar a los pueblos indígenas como titulares de derechos humanos y coloca la realización de estos derechos como el objetivo principal del desarrollo. Tal y como se ha documentado en numerosas buenas prácticas en distintas partes del mundo, un desarrollo endógeno y sostenido es posible cuando se basa en el respeto de los derechos de los pueblos indígenas y aspira a su cumplimiento. (2007a, p. 172)

La autoidentificación es un principio fundamental en la determinación de la condición indígena u originaria de una persona o comunidad, puesto que distingue y promueve el derecho de los individuos a definirse a sí mismos como pueblos indígenas u originarios. Es esencial para preservar la diversidad cultural y salvaguardar la autenticidad y singularidad de cada pueblo, ya que al permitir que los individuos y las comunidades se autoidentifiquen, se respeta su autonomía y se reconoce su profundo conocimiento y conexión con su propia cultura, historia y territorio.

El vínculo histórico y ancestral es un elemento fundamental en la identificación de los pueblos indígenas u originarios, reconocido en diversos instrumentos internacionales y legislaciones nacionales. Este vínculo se fundamenta en el hecho de que estos pueblos tienen una conexión arraigada, profunda y duradera con un territorio específico. Su presencia en dicho territorio puede abarcar generaciones o incluso siglos, y su relación con él es esencial para el reconocimiento de su identidad y existencia individual y colectiva.

Las características culturales y sociales distintivas desempeñan un rol fundamental en la identificación y reconocimiento de las comunidades. Estas características, que abarcan una amplia gama de aspectos, reflejan la riqueza y la diversidad cultural de estos pueblos, así como su patrimonio ancestral. Su consideración es esencial para salvaguardar y promover el ejercicio de sus derechos colectivos, así como para garantizar su desarrollo sostenible y su autodeterminación.

El idioma constituye uno de los elementos centrales de identidad cultural. La preservación y revitalización de las lenguas indígenas son fundamentales para garantizar la transmisión intergeneracional de conocimientos, tradiciones y cosmovisiones propias de cada comunidad. Las tradiciones y prácticas espirituales son otro aspecto distintivo de los pueblos indígenas u originarios. Estas prácticas, arraigadas en una cosmovisión particular, reflejan la estrecha relación de estos pueblos con la naturaleza, los seres vivos y lo sagrado.

Las ceremonias, rituales y festividades son expresiones culturales fundamentales que fortalecen la cohesión comunitaria y perpetúan la conexión espiritual de los pueblos indígenas con su entorno. Las estructuras sociales y los sistemas de gobierno propios de los pueblos indígenas también son elementos distintivos que reflejan su organización comunitaria y su autogobierno.

Estos sistemas se basan en principios de participación colectiva, toma de decisiones consensuada y respeto por la sabiduría y el conocimiento de los ancianos y líderes comunitarios. Reconocer y respetar estos sistemas de gobierno es fundamental para asegurar su autodeterminación garantizar su participación en los asuntos que les conciernan.

6. La consulta previa en el derecho comparado

Actualmente, la importancia de proteger los derechos fundamentales de los pueblos indígenas u originarios ha aumentado considerablemente y se ha convertido en un punto central de discusión en América Latina. Reconociendo la necesidad de preservar la diversidad cultural y los intereses de estas comunidades, el derecho a la consulta previa se ha afianzado como uno de los mecanismos más significativos para asegurar su participación activa en las decisiones administrativas y legislativas que tengan un impacto directo en los derechos e intereses individuales y colectivos de estos grupos. Al examinar las legislaciones de estos países, podemos identificar similitudes, diferencias y áreas potenciales para una mejora constante, lo cual brindará una comprensión de cómo se están implementando los mecanismos de consulta anticipada en cada contexto nacional y los desafíos a los que se enfrentan.

Rodolfo Stavenhagen manifiesta al respecto:

El análisis de la legislación existente en los países latinoamericanos sugiere la necesidad de revisar esta legislación en función de los derechos individuales y colectivos de los pueblos. Hay legislaciones francamente discriminatorias de

los indígenas (aun cuando aparecen como protectoras o tutelares), y existen legislaciones que al no prever un tratamiento específico para los grupos indígenas contribuyen, de hecho, a perpetuar situaciones de discriminación y de injusticia que se traducen en violaciones de facto de los derechos humanos. (1988b, p. 355).

6.1. Bolivia

El marco legal nacional de la consulta previa en Bolivia (Fundación para el Debido Proceso Legal, 2011, p. 29) se encuentra establecido en la Constitución Política y en la Ley N. 3760 – Ley de Consulta y Participación de los Pueblos Indígenas Originarios Campesinos. Asimismo, en el marco legal internacional, ratificó el Convenio N. 169 de la OIT sobre los Pueblos Indígenas y Tribales, el cual dictamina el derecho a la consulta previa. Este convenio fue incorporado a la 141 normatividad boliviana en virtud de la Ley 1257 de 1991.

Dichas normativas, tienen el objeto de reconocer y brindar la debida protección de los derechos de los pueblos indígenas u originarios, y a la vez, dictaminar el correcto procedimiento para llevar a cabo la consulta previa frente a las medidas administrativas o legislativas que se quieran entablar. El artículo 30 de la Constitución Política de Bolivia, reconoce el derecho a la consulta previa, libre e informada, disponiendo así que cualquier medida legislativa o administrativa que tenga un impacto directo sobre los pueblos indígenas y originarios debe ser sometida a consulta, en cumplimiento de los principios de buena fe, participación, respeto a la identidad cultural, igualdad de género y equidad generacional.

6.2. Ecuador

La Constitución Política de 1998 consagró varios derechos colectivos específicos de los pueblos y nacionalidades indígenas. En 2008 se aprobó una nueva Constitución que incorporó un capítulo específico sobre los derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades, en versiones más proteccionistas, y consagró específicamente el derecho a la consulta previa. El derecho a la consulta previa encuentra su fundamento principal en el artículo 57 de la Constitución de Ecuador, el cual establece de manera clara y contundente que los pueblos tendrán el derecho a ser consultados y participar de manera previa, libre e informada en programas y planes de exploración, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles directamente. A pesar de ello, existe un profundo malestar por la distancia entre la consagración constitucional y la realidad, puesto que el derecho a la consulta

previa todavía no ha sido plasmado en la legislación secundaria correspondiente, en la institucionalidad estatal o en el presupuesto público, lo cual ha dificultado su plena implementación en la práctica.

6.3. Colombia

En Colombia, el derecho a la consulta previa está normada principalmente en la Ley 21 de 1991, conocida como la Ley de Consulta Previa. Esta ley proporciona los lineamientos y procedimientos necesarios para llevar a cabo de manera efectiva la consulta previa en el país. A la vez, es importante tener en cuenta que el desarrollo de la consulta previa en Colombia no se limita únicamente a esta ley, ya que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha desempeñado un papel fundamental en la ampliación y mejora del marco legal. La Corte Constitucional ha complementado la Ley 21 de 1991 y el Convenio 169 de la OIT con principios y criterios adicionales que garantizan una implementación efectiva de la consulta previa. Sin embargo, el marco regulatorio de la consulta previa incluye leyes, decretos y directivas presidenciales que por su cantidad, diversidad y falta de consenso generan inseguridad jurídica.

La participación de los diversos pueblos en Colombia es un asunto de gran complejidad y diversidad, puesto que el país alberga una amplia gama de comunidades étnicas y culturas. A lo largo de la historia, los pueblos indígenas, afrocolombianos y otras comunidades han persistido en la lucha por el reconocimiento y la protección de sus derechos, así como por una participación activa en los asuntos que les atañen.

7. El derecho a la consulta previa

7.1. Marco normativo

En nuestro país, el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas u originarios se encuentra taxativamente normado mediante normas jurídicas que pretenden salvaguardar la diversidad cultural de los pueblos autóctonos, así como su desarrollo libre e informado. Algunas de ellas son las siguientes:

El Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales es el principal instrumento internacional sobre los derechos de los pueblos indígenas, adoptado por la Organización Internacional del Trabajo en 1989 y ratificado por 24 Estados. Este convenio garantiza los derechos indígenas, incluyendo el derecho a decidir sobre sus prioridades de desarrollo y tomando en cuenta sus creencias, costumbres, bienestar colectivo y espiritual.

La Ley N. 29785 se enfoca en el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas u originarios en el país. Esta ley desarrolla el contenido, los principios y el procedimiento del derecho a la consulta previa en medidas legislativas o administrativas que afecten directamente a estos pueblos. La ley reconoce el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados previamente sobre aquellas medidas que puedan afectarlos de alguna u otra manera.

El Reglamento de la Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios fue aprobado el 2012 en nuestro país. Este reglamento desarrolla el contenido, los principios y el procedimiento del derecho a la consulta previa en medidas legislativas o administrativas que afecten directamente a los pueblos indígenas. La consulta previa se realiza con el fin de garantizar los derechos colectivos de los pueblos indígenas, reconocidos por el Estado peruano.

7.2. Consentimiento previo, libre e informado de los pueblos indígenas u originarios

El Consentimiento Previo, Libre e Informado es un principio sumamente importante dentro del ámbito de los derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios, puesto que reconoce la participación activa en la toma de decisiones que realiza el Estado al momento de llevar a cabo propuestas legislativas o administrativas que los afecten de manera directa. La consulta debe ser voluntaria, sin ningún tipo de presión o coerción de terceros entes involucrados, sino al contrario, debe darse de manera natural, brindando la información necesaria y clara para que no existan malos entendidos de por medio.

Resulta relevante subrayar que se encuentra respaldado por diversos instrumentos y manifestaciones internacionales de gran relevancia. Un ejemplo destacado es la Declaración de las Naciones Unidas⁷ sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, adoptada en 2007, que establece de manera inequívoca el derecho de los pueblos indígenas a otorgar o negar su consentimiento libre e informado en relación con cualquier medida que pueda afectarles. Esta declaración representa un hito significativo en el reconocimiento y protección de los derechos de los pueblos indígenas a nivel global.

A pesar de los avances logrados en el reconocimiento del Consentimiento Previo, Libre e Informado, es importante reconocer que aún existen desafíos significativos en su aplicación efectiva, los cuales incluyen taxativamente la falta de conciencia y comprensión por parte de los actores involucrados en la toma de decisiones, las limitaciones en

⁷ Declaración de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente. Asamblea General de las Naciones Unidas. Adoptada el 16 de junio de 1972.

los procesos de consulta y la ausencia de mecanismos adecuados de seguimiento y cumplimiento.

Uno de los desafíos clave reside en la falta de conciencia y comprensión por parte de los actores involucrados, lo que puede conducir a una subestimación o incluso ignorancia de los derechos de los pueblos indígenas u originarios. Esto puede dificultar la implementación adecuada de los procesos de consulta y limitar la participación significativa de los pueblos indígenas en la toma de decisiones. Otro desafío radica en las limitaciones que enfrentan los procesos de consulta, que pueden estar mal diseñados, ser insuficientes o no contar con una estructura adecuada para garantizar la participación significativa de los pueblos autóctonos en la legislación peruana.

7.3. Casos concretos de desprotección frente al derecho de consulta previa

A lo largo de la historia del Perú, se han ocasionado frecuentes vulneraciones en relación al derecho a la consulta previa de los pueblos originarios e indígenas. Entre los más destacados, se encuentran los siguientes casos en concreto:

El “Proyecto Conga” fue un plan de desarrollo minero ubicado en la Región de Cajamarca, cuyo objetivo principal era extraer oro y cobre de la zona con la construcción de una mina a cielo abierto y la creación de reservorios de agua para la acumulación de residuos mineros. La comunidad se opuso al proyecto y solicitaron una consulta previa adecuada para entablar acuerdos que respetaran sus derechos, ya que sus territorios se encontraban en latente peligro. Sin embargo, el proyecto se llevó a cabo y generó a consecuencia un clima de tensión y conflicto entre la población y las autoridades competentes. Con posterioridad, se trataron de ejercer algunos intentos de diálogo y negociación entre las partes intervinientes, pero no se concretizó acuerdo alguno.

El “Proyecto Camisea” es un proyecto de desarrollo de gas natural que se encuentra ubicado en la Región de Cuzco. Consiste en la explotación de los yacimientos de gas natural de Camisea, el cual es uno de los más grandes en toda América Latina. El gas extraído se utiliza tanto para el consumo interno del país como para la exportación, lo que ha generado grandes ingresos en el ámbito nacional. Sin embargo, el proyecto ha traído consigo grandes impactos negativos en el medio ambiente y en las comunidades locales, puesto que se han detectado problemas de deforestación, contaminación del agua y gran afectación de los derechos fundamentales de las comunidades.

El “Lote 192” es un área de exploración y producción de hidrocarburos ubicada en la Región de Loreto. Es operado por una empresa petrolera y ha sido objeto de interés

debido a su potencial para la extracción de petróleo y gas natural. Sin embargo, ha sido punto frecuente de controversias ambientales debido a su ubicación en una zona de gran biodiversidad y sensibilidad ecológica. Se han visualizado una gran variedad de problemas, entre los más frecuentes se encuentran la deforestación, la contaminación del agua y posibles impactos negativos en la vida silvestre y las comunidades indígenas que dependen de los recursos naturales que se encuentran en esa zona.

7.4. Problemas para el correcto ejercicio del derecho a la consulta previa

Desde sus inicios, el derecho a la consulta previa en nuestro país ha enfrentado una serie de problemas que han dificultado su correcta y debida implementación. En el presente capítulo se analizarán algunos de los más presentes.

La falta de reconocimiento y aplicación efectiva de la consulta previa vendría a ser el eje problemático principal, debido a que a pesar de que este importante derecho fundamental se sostiene en una base jurídica nacional e internacional, su aplicación es deficiente incluso una década posterior a su promulgación. Podría deberse a múltiples razones, pero las más razonables son la falta de voluntad política y la ausencia de mecanismos que establezcan un claro y efectivo proceso de consulta previa.

La interpretación restrictiva de la consulta previa se refiere a la limitación que tienen las autoridades frente a los proyectos de desarrollo que pueden afectar considerablemente a las comunidades nativas, provocando desacuerdos entre el Estado y los pueblos indígenas u originarios. Por razones obvias, el Estado mediante sus instituciones competentes, cuenta con mayores recursos, conocimientos y capacidad para influir en la toma de decisiones, lo que puede dificultar a gran escala la participación activa, equitativa y significativa de las comunidades al momento de brindar su opinión.

La falta de acceso a información adecuada es quizás el motivo más común de la deficiente labor que realiza el Estado frente a la promoción de los derechos fundamentales de estas comunidades. El derecho a la consulta previa establece que los pueblos originarios e indígenas deben recibir información transparente, completa y comprensible sobre las decisiones o proyectos de desarrollo que puedan tener algún impacto en sus derechos, tanto personales como colectivos, premisa que es utópica hasta cierto punto.

La presión y las amenazas frecuentes a líderes y defensores de los derechos de los pueblos originarios e indígenas crean un ambiente de temor y desprotección. Es bien sabido que las autoridades que trabajan arduamente en la promoción y defensa de los derechos de estas comunidades sufren activamente amenazas, hasta llegar al punto

máximo de violencia, lo que ha limitado significativamente la capacidad para ejercer de manera plena el derecho a la consulta previa y la representación de los beneficios comunitarios.

7.5. Medidas que se podrían implementar para garantizar una consulta previa efectiva

Para asegurar un proceso de consulta previa adecuada, se pueden implementar múltiples medidas que salvaguarden de manera correcta el pleno ejercicio de los derechos de las comunidades indígenas u originarias del Perú, tales como:

La implementación de mecanismos de seguimiento y monitoreo, los cuales aseguren la debida ejecución de los acuerdos que se establezcan al momento de llevar a cabo el procedimiento de consulta previa entre el Estado y los pueblos. Tales mecanismos deben ser diseñados bajo las premisas de independencia y participación colectiva, tanto de las comunidades como de las organizaciones competentes de la sociedad civil, para que exista equidad de opinión y facultad y se lleguen a acuerdos que los beneficien mutuamente.

Entablar el proceso de consulta previa en un ambiente de respeto mutuo, diálogo asertivo y buena fe, para permitir que los pueblos indígenas u originarios expresen libremente sus preocupaciones, intereses y prioridades. A través de esta medida, se busca de manera exhaustiva lograr acuerdos anticipados a la ejecución de proyectos de desarrollo, previamente estableciendo una relación de confianza entre las autoridades competentes que deseen llevar a cabo una medida administrativa y legislativa y los pueblos autóctonos pertenecientes a estas zonas sensibles.

La compensación, consagrada en diversas normas y tratados internacionales, reviste una gran relevancia en el contexto de la protección de los derechos de los pueblos indígenas u originarios. En este sentido, la reparación y compensación se configuran como una respuesta legal y ética frente a las injusticias sufridas por estos pueblos en cuanto a las medidas administrativas y los proyectos de desarrollo que se lleven a cabo.

El marco legal y político sólido es fundamental para el debido reconocimiento y protección del derecho a la consulta previa en el país. Esto implica que se legislen normas acordes a la realidad presente de los pueblos autóctonos implicados, sus formas de vivir y sus necesidades más frecuentes. Asimismo, se deben tomar en cuenta los estándares internacionales de derechos humanos, llevando a cabo procesos de consulta culturalmente adecuados que impliquen el respeto frente a las costumbres, tradiciones, valores, prácticas sociales y culturales de los pueblos originarios e indígenas.

8. Conclusiones

El principio del consentimiento previo, libre e informado es un derecho fundamental de los pueblos indígenas u originarios que garantiza su participación significativa en las decisiones que afectan sus derechos, territorios y recursos y reconoce la importancia de obtener el consentimiento de los pueblos indígenas antes de emprender cualquier acción o proyecto que pueda tener consecuencias directas sobre ellos.

La participación activa es un derecho fundamental de los pueblos autóctonos que garantiza su plena inclusión en el proceso de consulta. Este derecho reconoce la importancia de que los pueblos indígenas tengan la oportunidad de participar activamente y de manera significativa en todas las etapas del proceso de consulta, desde la planificación hasta la implementación y el seguimiento.

En caso de que las medidas adoptadas sin la debida consulta previa hayan ocasionado daños o violaciones a sus derechos individuales, resulta fundamental reconocer y garantizar su derecho a obtener justicia y reparación integral y colectiva. La importancia de este derecho radica en su potencial para restablecer la dignidad y los derechos vulnerados de los pueblos indígenas, así como en su capacidad para promover la reconciliación y la construcción de una sociedad más inclusiva y equitativa.

La Ley de Consulta Previa en el Perú ha sido objeto de diversas críticas desde el momento de su implementación, lo cual ha generado múltiples desafíos al momento de entablar un correcto procedimiento de consulta previa entre el Estado y los pueblos autóctonos. Es de suma importancia que se lleven a cabo esfuerzos significativos para eliminar las barreras burocráticas existentes y de igual forma, fortalecer la participación activa e inclusiva de los pueblos originarios e indígenas en la toma de decisiones que estén relacionadas directamente con sus derechos fundamentales y colectivos.

REFERENCIAS

Asamblea General de las Naciones Unidas. (2007). Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. Consejo de Derechos Humanos. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2007/4993.pdf?file=fileadmin/Documentos/BDL/2007/4993>

- Congreso de la República. (2011). Ley N. 29785, Ley del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas u originarios. <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/3712438/Ley%20N%C2%B0%2029785.pdf?v=1664560962>
- Conferencia Mundial de Derechos Humanos. (1993). Declaración y Programa de Acción de Viena. *20 años trabajando por tus derechos*. https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Events/OHCHR20/VDPA_booklet_Spanish.pdf
- Constitución Política de Bolivia. (2012). Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia. [https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/9DF98B012B08FAC105257D460061CD6E/\\$FILE/CPE%5B1%5D.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/9DF98B012B08FAC105257D460061CD6E/$FILE/CPE%5B1%5D.pdf)
- Constitución Política de Colombia (1991). Corte Constitucional, Consejo Superior de la Judicatura. <https://www.cijc.org/es/NuestrasConstituciones/COLOMBIA-Constitucion.pdf>
- Constitución Política de Ecuador. (2008). Comisión Andina de Juristas. [https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con2_uibd.nsf/F99D3E741E6B0C340525777F00029BA5/\\$FILE/Constituci%C3%B3n_Pol%C3%ADtica_de_la_Rep%C3%BAblica_del_Ecuador.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con2_uibd.nsf/F99D3E741E6B0C340525777F00029BA5/$FILE/Constituci%C3%B3n_Pol%C3%ADtica_de_la_Rep%C3%BAblica_del_Ecuador.pdf)
- Constitución Política del Perú. (1993). Congreso de la República. <https://www.congreso.gob.pe/Docs/constitucion/constitucion/index.html>
- Convenio 169 de la OIT. (1989). Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@normes/documents/publication/wcms_100910.pdf
- Fundación para el Debido Proceso Legal. (2011). *El derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas. La situación de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú*. Oxfam. <https://www.dplf.org/sites/default/files/1301680587.pdf>
- García, S. (2021). *Compendio sobre Derechos Económicos, Culturales y Ambientales*. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Compendio%20DESCA_ESP_completo.pdf
- Ministerio de Cultura. (2017). Derecho a la Consulta Previa. https://www.culturacusco.gob.pe/wp-content/uploads/2017/07/DERECHO-A-LA-CONSULTA-PREVIA_2020_publicaci%C3%B3n.pdf
- Ministerio de Cultura. (2019). Derecho a la Consulta Previa. https://www.culturacusco.gob.pe/wp-content/uploads/2017/07/DERECHO-A-LA-CONSULTA-PREVIA_2020_publicaci%C3%B3n.pdf

- Oficina Internacional del Trabajo. (2015). Convenio N. 169 de la OIT. El derecho a la consulta. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_445528.pdf
- Sisniegas, A. (2016). Conga: La actual situación del conflicto y los aspectos jurídicos y sociales más relevantes. *Pólemos – Portal Jurídico Interdisciplinario*. <https://www.polemos.pe/conga-la-actual-situacion-del-conflicto-los-aspectos-juridicos-sociales-mas-relevantes/>
- Sosa Villagarcía, P., Pérez Pinillos, J., Figueroa Burga, M., & Uchuypoma Soria, D. (2012). Los efectos de la fragmentación en las organizaciones indígenas y la dinámica política e institucional de la consulta previa en el Perú a un año de su aprobación. *Politai*, 3(5), 157-177. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/politai/article/view/14133>
- Stavenhagen, R. (1988a). *Derecho Indígena y Derechos Humanos en América Latina*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. <https://biblioteca.corteidh.or.cr/tablas/13089.pdf>
- Stavenhagen, R. (2007b). Los derechos indígenas: Nuevo enfoque del sistema internacional. *Revista IIDH*, 10, 39-64. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/R06858-3.pdf>
- Stavenhagen, R. (2007). Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo. Consejo de Derechos Humanos. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2008/6017.pdf>