

ISSN (Impreso): 1812-6804

ISSN (En línea): 2521-5280

DOI://doi.org/10.24265/voxjuris

# VOX JURIS

# 41

Nº 2

# 2023

Lima - Perú Vol. 41 Nº 2 200pp.



**USMP**  
UNIVERSIDAD DE  
SAN MARTÍN DE PORRES

Facultad de Derecho

# Vox Juris está multi indizada en:





**USMP**  
UNIVERSIDAD DE  
SAN MARTÍN DE PORRES

Facultad  
de Derecho

**REVISTA DE DERECHO**  
**VOX JURIS**

**Volumen 41, Número 2**

**2023**

**Lima - Perú**

Vox Juris es una revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres, que publica artículos científicos y trabajos de investigación referidos al ámbito académico de la Ciencia y Filosofía del Derecho, disciplinas afines, temas éticos y de interés socio jurídico para la comunidad científica, académica, universitaria e institucional, nacional e internacional, con el objetivo de divulgar el conocimiento especializado en temas de interés y actualidad. La revista tiene una periodicidad semestral. Indizada en Latindex, Dialnet, Clase, Base, Journal Tocs, DRJI, OAJI.net, Citefactor, Rebiun, Miar, EZB, Infobase Index, I2OR, International Innovative Journal Impact Factor, Open Access, Scientific Indexing Services, Alicia, Erihplus, Index Copernicus International, DOAJ, LatinREV, International Scientific Indexing (ISI), REDIB, ResearchBib, WorldCat OCLC, Google Académico, EBSCO, Biblat, Active Research Result, JOURNAL INDEX.org, LatAm Studies (Estudios Latinoamericanos), Hollis Harvard, Actualidad iberoamericana, CIRC, SCILIT, Portal de Periódicos/CAPES, Crossref, Emerging Sources Citation Index de Web of Science, La Referencia, Open AIRE Explore, EUROPUB, Hein Online, Microsoft Academic Search, Science Research, Latindex (version online), Biblioteca electrónica de Ciencia y Tecnología, Dimensions, Rootindexing, UNAM, Mir@bel, Latioamericana, VLEX, CORE, AmeliCA y Zenodo, Aura, Bibliotheksservice-Zentrum Baden-Württemberg, Fatcat!, Quality Open Access Market, Semantic Scholar, SUDOC, Ulrich's Periodical Directory, University Library RWTH Aachen University, Wikidata, Wilbert y Zeitschriften datenbank, CLACSO, Universidad de Salamanca, Net, Heupo.

VOX JURIS 41 N° 2

#### CONSEJO EDITORIAL

Presidente: Dr. Dr. Dr. H. C. Múlt. Gino Ríos Patio

- Director del Instituto de Investigación Jurídica USMP. Profesor universitario.
- Abogado. Maestro en Ciencias Penales, Doctor en Derecho y Doctor en Educación por la Universidad de San Martín de Porres, Lima-Perú.
- Posgrado en Derechos económicos, sociales y culturales por la Universidad de Ginebra, Suiza.
- Diplomado en Filosofía Política, Universidad de Harvard.
- Especialista en gestión, administración, enseñanza, metodología, investigación y didáctica universitaria.
- Doctor en Criminología por la Universidad Humani Mundial.

Miembros:

Dra. Beatriz Kalinsky

- Antropóloga. Master en Ciencias Sociales (FLACSO). Doctora en Derecho Social por la Universidad de Buenos Aires, Argentina.
- Profesora de Epistemología y Métodos de investigación social de la Universidad de Buenos Aires.
- Profesora e investigadora universitaria.

Dr. Dr. Mult.h.c. Antonio-Carlos Pereira Menaut

- Jurista, profesor titular de la Universidad de Santiago de Compostela (España) en el área de Derecho Constitucional.
- Director de la Catedra Jean Monnet de Derecho Constitucional europeo.
- Profesor Visitante de las Universidades de Valparaíso, Universidad de los Andes, Universidad de Chile, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Chile).

Dr. José Carlos Remotti Carbonell

- Profesor Agregat de Derecho Constitucional en el Departamento de Ciencia Política y Derecho Público de la Universidad Autónoma de Barcelona, (España) / Coordinador Académico del Master en Derecho Público y de la Integración de dicha Universidad.

Dr. Dr. Mult.h.c. Antonio María Lorca Navarrete

- Doctor en Derecho por la Universidad de Granada, España. Doctor en Jurisprudencia por la Universidad de Bologna, Italia, catedrático de Derecho Procesal de la Universidad del País Vasco (España).
- Presidente del Instituto Vasco de Derecho Procesal, y miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Ha sido investido Doctor Honoris Causa por diversas universidades nacionales y extranjeras.

Dr. Fernando Miró Llinares

- Doctor en Derecho, Director del Centro Crímina, Catedrático y Decano de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de la Universidad Miguel Hernández de Elche, España.
- Especialista y autor de numerosas publicaciones sobre estudio y prevención de la delincuencia y prevención situacional del delito, derecho penal económico y de la empresa y el derecho en las nuevas tecnologías.

Dr. Eduardo Andrés Calderón Marengo

- Abogado por la Universidad Centroamericana (UCA), Master en Derecho de los Negocios Internacionales por la Universidad Iberoamericana de la Ciudad de México, Doctor en Derecho por la Universidad Externado de Colombia. Actualmente, estudiante del programa posdoctoral de la Universidad Externado de Colombia y la Universidad de Zaragoza, España. Docente Investigador de la Universidad Cooperativa de Colombia y Universidad Externado de Colombia. Docente de programas de pregrado y posgrado de la Universidad Americana (Nicaragua) y la Universidad Centroamericana (Nicaragua).

**Coordinador de Edición:** Ing°. M.A. Luis Suárez Berenguela - Fondo Editorial USMP

**Diagramación:** Janeth Condori Castro - Fondo Editorial USMP

**Traductor:** Mtro. Augusto Espinoza Bonifaz

**Ortografía y textos:** Los autores

**ISSN: 1812-6804 [Impreso]**

**ISSN: 2521-5280 [En línea]**

Depósito Legal 95-0895

Derechos Reservados conforme a Ley

Está permitida la reproducción total o parcial de los artículos citando la fuente.

**Los artículos contenidos en este número han sido revisados por pares externos.**

Las opiniones vertidas en los artículos son de exclusiva responsabilidad de sus autores.

Institución editora	:	Fondo Editorial de la Universidad de San Martín de Porres.
Escribir a	:	
Facultad de Derecho	:	Alameda del Corregidor 1865, La Molina, Lima-Perú.
Código Postal	:	Lima, 12.
Teléfono	:	365 7000 - 365 6947 - 365 6948 - 365 6943
Fax	:	365 6957
E-mail	:	investiga_derecho@usmp.pe
Web site	:	www.derecho.usmp.edu.pe
Fecha de edición	:	El presente número corresponde al semestre julio - diciembre 2023.

**CONTENIDO**  
**CONTENT**

Presentación.....	7	<b>Derecho procesal</b>	
Editorial .....	8	LA CAPITALIZACIÓN DE INTERESES EN LA LEGISLACIÓN PERUANA Y SU REPERCUSIÓN EN EL ÁMBITO PROCESAL	
<b>Artículo original</b>		<i>THE CAPITALIZATION OF INTERESTS IN PERUVIAN LEGISLATION AND ITS IMPLICATION IN THE PROCEDURAL FIELD</i>	
INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LOS CONFLICTOS SOCIOAMBIENTALES EN EL PERÚ		Alicia Liceth Miñano Donayre	
<i>STATE INTERVENTION IN SOCIO-ENVIRONMENTAL CONFLICTS IN PERU</i>		Legal and Financial Management SAC	
Delia Muñoz Muñoz		Perú .....	59
Yan Carlo Mercado García		EL LEVANTAMIENTO DEL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES Y LA EXCESIVA DEMORA EN LA ENTREGA DE INFORMACIÓN POR PARTE DE LAS EMPRESAS DE TELEFONÍA	
Instituto de Gobierno y Gestión Pública USMP		<i>THE LIFTING OF THE SECRET OF COMMUNICATIONS AND THE EXCESSIVE DELAY IN THE DELIVERY OF INFORMATION BY THE TELEPHONE COMPANIES</i>	
Perú .....	11	Susy Lorena Montero León	
<b>Artículos de revisión</b>		Ministerio Público	
<b>Derecho constitucional</b>		Perú.....	74
LOS CONCEPTOS DE LIBERTAD Y ORDEN EN LOS ORÍGENES DEL CONSTITUCIONALISMO PERUANO		LA REAL UTILIDAD DEL IMPEDIMENTO LEGAL DE APLICAR LA TERMINACIÓN ANTICIPADA EN ETAPA INTERMEDIA	
<i>THE CONCEPTS OF FREEDOM AND ORDER IN THE ORIGINS OF PERUVIAN CONSTITUTIONALISM</i>		<i>THE REAL USEFULNESS OF THE LEGAL IMPEDIMENT TO APPLY EARLY TERMINATION IN THE INTERMEDIATE STAGE</i>	
Juan De la Puente Mejía		Jessica Shirley Camacho Peves	
Docente USMP		Poder Judicial	
Perú .....	22	Perú .....	82
ANÁLISIS DE LA RELACIÓN ENTRE EL PODER EJECUTIVO Y EL PODER LEGISLATIVO: ANTECEDENTES HISTÓRICOS, PROBLEMÁTICA ACTUAL Y PROPUESTAS DE REFORMA		<b>Derecho pesquero</b>	
<i>ANALYSIS OF THE RELATIONSHIP BETWEEN THE EXECUTIVE BRANCH AND THE LEGISLATIVE BRANCH: HISTORICAL BACKGROUND, CURRENT PROBLEMS AND REFORM PROPOSALS</i>		EL APOORTE DE LA TECNOLOGÍA DIGITAL PARA MEJORAR LA GESTIÓN DE ESPACIOS MARINOS Y LOS RECURSOS PESQUEROS	
Omar Alberto Sar Suárez		<i>THE CONTRIBUTION OF DIGITAL TECHNOLOGY TO IMPROVING THE MANAGEMENT OF MARINE SPACES AND FISHERY RESOURCES</i>	
Luis Andrés Portugal Pizarro		Pedro Luis Zavala Yesan	
Centro de Estudios de Derecho Procesal Constitucional USMP		Universidad de Piura	
Perú .....	40	Perú .....	92

**Derecho penal y criminología**

POLÍTICA CRIMINAL EN MENORES  
INFRACTORES. PREVENCIÓN DE  
CONDUCTAS DELICTIVAS EN ESPAÑA  
TOMANDO COMO REFERENCIA LAS  
DIRECTRICES DE LAS NACIONES  
UNIDAS (DIRECTRICES DE RIAD)  
*CRIMINAL POLICY IN MINOR  
INFRACTORS. PREVENTION OF CRIMINAL  
BEHAVIORS IN SPAIN TAKING AS A  
REFERENCE THE UNITED NATIONS  
GUIDELINES (RIAD GUIDELINES)*  
Lourdes Mompeán Caballero  
César Augusto Giner Alegría  
Universidad Católica San Antonio de Murcia  
España ..... 105

VICTIMIZACIÓN DE LOS USUARIOS  
DE LAS APLICACIONES AFECTIVO-  
SEXUALES Y CULTURA DE COMPLIANCE  
*VICTIMIZATION OF USERS OF AFFECTIVE-  
SEXUAL APPLICATIONS AND THE  
CULTURE OF COMPLIANCE*  
David Pavón Herradón  
Antonio Silva Esquinas  
Raquel Rebeca Cordero Verdugo  
Jorge Ramiro Pérez Suárez  
Universidad Europea de Madrid  
España ..... 115

EL SICARIATO JUVENIL EN EL PERÚ Y  
LA JUSTICIA RESTAURATIVA  
THE JUVENILE SICARIATE IN PERU AND  
RESTORATIVE JUSTICE  
Pedro Antonio Huaccho Trujillo  
Elizabeth Rosmery Huamán García  
Universidad Nacional José Faustino  
Sánchez Carrión  
Perú ..... 129

REVISIÓN DEL FEMINICIDIO: EL CASO  
MEXICANO  
*FEMICIDE REVIEW: THE MEXICAN CASE*  
Dora Alicia Mayoral Villanueva  
Arizona State University Campus Tempe  
México ..... 145

¿PUEDE LA PRIVATIZACIÓN DE LAS  
CÁRCELES SOLUCIONAR LA CRISIS  
DEL SISTEMA PENITENCIARIO EN EL  
PERÚ?  
*CAN THE PRIVATIZATION OF PRISONS  
SOLVE THE CRISIS OF THE PRISON  
SYSTEM IN PERU?*  
Augusto Renzo Espinoza Bonifaz  
Facultad de Derecho USMP  
Perú ..... 163

## PRESENTACIÓN

*Vox Juris* es una publicación científica de periodicidad semestral de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres. Difunde artículos científicos y trabajos de investigación de la ciencia y filosofía del Derecho, ciencias afines, temas éticos y socio jurídicos. Está dirigida a la comunidad científica, académica, universitaria, institucional, nacional e internacional, de Derecho, Ciencias Sociales, Filosofía y Ética. Su objetivo es divulgar el conocimiento y promover la investigación científica en dichas ramas del saber, en temas de interés general y de actualidad.

Todos los derechos quedan reservados por la Universidad de San Martín de Porres. Esta publicación no puede ser reproducida total ni parcialmente, ni archivada o transmitida por ningún medio, sea electrónico, mecánico, de grabación, fotocopiado, microfilmado, por registro u otros métodos, sin que se cite la fuente de origen.

Las contribuciones inéditas que recibe *Vox Juris*, como artículos originales, artículos de revisión, artículos de opinión, artículos de análisis de casos, artículos históricos y semblanzas; son puestas en conocimiento del Consejo Editorial; revisadas en línea por expertos (pares) externos, nacionales o extranjeros, quienes opinan en forma anónima bajo la modalidad doble ciego, sobre la calidad y validez científica de los trabajos; y sometidas a la corrección de estilo. El tiempo de revisión en la mayoría de los casos es de dos a cuatro meses. Solo se publican las contribuciones que han subsanado las observaciones correspondientes y que finalmente han merecido opinión favorable. Los revisores y la revista no se hacen responsables de las opiniones vertidas por los autores de las contribuciones publicadas.

La revista es de acceso abierto en versión digital. Cuenta con la Licencia Creative Commons Attribution 4.0, licencia pública internacional CCBY- NC-ND. Está disponible a texto completo en la siguiente página web: <http://www.aulavirtualusmp.pe/ojs/index.php/VJ/index>

*Vox Juris* está indizada en: Latindex, Dialnet, Clase, Base, Journal Tocs, DRJI, OAJI.net, Citefactor, Rebiun, Miar, EZB, Infobase Index, I2OR, International Innovative Journal Impact Factor, Open Access, Scientific Indexing Services, Alicia, Erihplus, Index Copernicus International, DOAJ, LatinREV, International Scientific Indexing (ISI), REDIB, ResearchBib, WorldCat OCLC, Google Académico, EBSCO, Biblat, Active Research Result, JOURNAL INDEX.org, LatAm Studies (Estudios Latinoamericanos), Hollis Harvard, Actualidad iberoamericana, CIRC, SCILIT, Portal de Periódicos/CAPES, Crossref, Emerging Sources Citation Index de Web of Science, La Referencia, Open AIRE Explore, EUROPUB, Hein Online, Microsoft Academic Search, Science Research, Latindex (version online), Biblioteca electrónica de Ciencia y Tecnología, Dimensions, Rootindezing, UNAM, Mir@bel, Latioamericana, VLEX, CORE, AmeliCA y Zenodo.

Copyright 2019 FADE-USMP  
Depósito legal: 95-0895  
ISSN: 1812-6804 (Impreso)  
ISSN: 2521-5280 (En línea)

## EDITORIAL

La utilidad de la investigación científica socio jurídica se amplifica en su diversificación temática. El hombre como sujeto de estudio actúa en la multidimensionalidad de su medio y debe ser analizado, comprendido y explicado inter, multi, trans y pluri disciplinariamente. Los fenómenos jurídicos son cuestiones sociales y el derecho es un producto socio cultural, lo que exige una visión integral del comportamiento humano.

Consciente de esa necesidad, Vox Juris publica trabajos referidos al ámbito académico de la ciencia y filosofía del derecho, disciplinas afines, temas éticos y de interés socio jurídico para la comunidad científica, académica, universitaria e institucional, nacional e internacional, con el objetivo de divulgar el conocimiento especializado en temas de interés y actualidad.

En este número, publicamos el trabajo original sobre la “Intervención del Estado en los conflictos socioambientales en el Perú” de la prestigiosa juriconsulta Delia Muñoz Muñoz y el académico Yan Carlo Mercado García, quienes determinan en su investigación que existe participación de entidades del Estado en todos los conflictos socioambientales estudiados, cumpliendo diferentes roles a través de instituciones en sus tres niveles (nacional, regional y local); y concluyen que la intervención estatal se caracteriza por ser reactiva, ineficiente y con escasa coordinación entre sus diferentes instancias.

Entre los artículos de revisión publicamos en la especialidad de Derecho Constitucional el artículo del distinguido abogado y prolijo analista político Juan de la Puente Mejía, intitulado “Los conceptos de libertad y orden en los orígenes del constitucionalismo peruano”, en el que reflexiona sobre las especificidades del juego entre los procesos políticos y constitucionales y la interacción de los lenguajes y de los símbolos, constatando el resultado decisivo de este proceso que dio paso a un liberalismo textual que generalmente difirió la cultura política.

Asimismo, el artículo intitulado “Análisis de la relación entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo: antecedentes históricos, problemática actual y propuestas de reforma” del renombrado constitucionalista Omar Alberto Sar Suarez y el estudioso abogado Luis Andrés Portugal Pizarro, quienes analizan los primeros debates sobre la forma de gobierno surgidos después de la independencia, así como las crisis constitucionales existentes sobre todo cuando el presidente de la República no ha contado con una mayoría parlamentaria y ha tenido problemas de gobernabilidad en razón a la oposición surgida desde el Congreso; la regulación actual de la cuestión de confianza, la disolución del Parlamento, la vacancia presidencial, la acusación del presidente de la República y la sucesión presidencial; y proponen reformas al texto constitucional e interpretaciones de la Constitución que eviten el uso abusivo y discrecional de estas instituciones por parte de los poderes del Estado.

En la sección de Derecho Procesal, publicamos el artículo intitulado “La capitalización de intereses en la legislación peruana y su repercusión en el ámbito procesal” de la acuciosa abogada Alicia Miñano Donayre, en el que analiza la situación por la cual los jueces optan por darle mayor validez al Código Civil que a las regulaciones del BCRP, originando que los intereses que hayan resultado producto de la capitalización no sean reconocidos.

También se publica el artículo intitulado “El levantamiento del secreto de las comunicaciones y la excesiva demora en la entrega de información por parte de las empresas de telefonía”, de la correcta magistrada fiscal Susy Montero León, quien ante el aumento constante de los delitos de Femicidio y Sicariato en los Distritos de Ate y Santa Anita, analiza la excesiva demora por parte de las empresas de telefonía en dar cumplimiento a la disposición fiscal sobre el levantamiento del secreto de las comunicaciones, lo que genera un grave retraso y perjuicio a la investigación pues el vencimiento de los plazos conlleva la injusta decisión de disponer el archivo de la investigación, con lo que la muerte de la víctima queda impune.

De igual manera, se publica el artículo intitulado “La real utilidad del impedimento legal de aplicar la terminación anticipada en etapa intermedia” de la distinguida magistrada jueza superior Jessica Camacho Peves, quien examina la terminación anticipada y analiza el impedimento de su aplicación una vez que se efectuó la acusación fiscal en el proceso penal, así como las desventajas de su impedimento no sólo para los justiciables, sino también en la solución de conflictos en la etapa de la investigación preparatoria y, en



la etapa intermedia, concluyendo en que su aplicación es más beneficiosa para el proceso penal, puesto que las razones que justifican su impedimento, no resultan proporcionales y coherentes con los fines del proceso penal.

En la sección Derecho Pesquero, se publica el artículo del reconocido profesor universitario Pedro Zavala Yesan intitolado “El aporte de la tecnología digital para mejorar la gestión de espacios marinos y los recursos pesqueros”, en el que estudia la necesidad de regular las herramientas digitales en los marcos normativos internacionales y nacionales para un mayor manejo de los recursos pesqueros, para lo cual revisa las experiencias de éxito en la implementación y uso de tecnologías, para demostrar que las herramientas digitales son instrumentos que pueden mejorar esta gestión, siendo necesaria su regulación.

En la sección Derecho Penal y Criminología, se publica el artículo intitolado “Política criminal en menores infractores. Prevención de conductas delictivas en España tomando como referencia las directrices de las Naciones Unidas (Directrices de RIAD), de los prestigiosos académicos españoles Lourdes Mompeán Caballero y César Augusto Giner Alegría, quienes partiendo de la idea de prevención como medida principal en el desarrollo del comportamiento de los adolescentes, pretenden valorar y proponer posibles alternativas y vías que mejoren la situación de estos jóvenes en riesgo, siguiendo las directrices marcadas por las Naciones Unidas sobre la prevención de la delincuencia juvenil, analizando la adaptación de las mismas en el marco socioeducativo español.

Asimismo, se publica el artículo intitolado “Victimización de los usuarios de las aplicaciones afectivo-sexuales y cultura de compliance” de los acreditados académicos españoles David Pavón Herradón, Antonio Silva Esquinas, Raquel Rebeca Cordero Verdugo y Jorge Ramiro Pérez Suárez, quienes postulan que, jurídicamente, se presume necesario mejorar la protección de los usuarios, potenciales víctimas de delitos -singularmente identificados- y, asimismo, incentivar la cultura de la prevención o compliance con respecto a las entidades propietarias de dichas plataformas.

De igual manera, se publica el artículo intitolado “El sicariato juvenil en el Perú y la justicia restaurativa” de los diligentes abogados Pedro Huaccho Trujillo y Elizabeth Huamán García, quienes pretenden identificar los factores que estarían incidiendo para no ser posible una correcta aplicación de la justicia restaurativa en la solución del sicariato juvenil.

Se publica también el artículo intitolado “Revisión del feminicidio: el caso mexicano” de la talentosa abogada mexicana Dora Alicia Mayoral Villanueva, quien desde una visión histórica, social, criminológica y penal sobre la resistencia a investigar, el derecho a la verdad y la crisis forense que se enfrentan en las investigaciones como en los procesos de casos de feminicidio en México, postula no solo enfocar la mirada hacia la sanción sino a una reforma forense y procesal que incluya políticas públicas para la prevención y las reparaciones integrales de las víctimas, así como un verdadero compromiso hacia la no repetición de los actos criminales contra las mujeres por razones de género.

Finalmente, se publica el artículo intitolado “¿Puede la privatización de las cárceles solucionar la crisis del sistema penitenciario en el Perú?” del profesor investigador Renzo Espinoza Bonifaz, en el que describe la problemática del sistema penitenciario, la cual impide que la pena privativa de libertad cumpla su finalidad resocializadora; y explica qué implica privatizar la administración de las cárceles y cuáles son las ventajas y desventajas de hacerlo.

Amables lectores, entregamos este número 41-2 de vuestra revista Vox Juris con la seguridad de compartir un conjunto de artículos científicos socio jurídicos sumamente interesante por la temática que abordan y las conclusiones a las que arriban con la experiencia y el conocimiento de sus autores, que serán de utilidad para la generación de mayor conocimiento jurídico en las respectivas especialidades.

Dr. Dr. Dr. H.c. mult. Gino Ríos Patio  
Presidente del Consejo Editorial

ARTÍCULO ORIGINAL

# INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LOS CONFLICTOS SOCIOAMBIENTALES EN EL PERÚ

## STATE INTERVENTION IN SOCIO-ENVIRONMENTAL CONFLICTS IN PERU

*Delia Muñoz Muñoz*

ORCID 0000-0002-4716-3216

Instituto de Gobierno y Gestión Pública USMP

[dmunozm@usmp.pe](mailto:dmunozm@usmp.pe)

Perú

*Yan Carlo Mercado García*

ORCID 000-0001-7351-6532

Instituto de Gobierno y Gestión Pública USMP

[yancarlomg@gmail.com](mailto:yancarlomg@gmail.com)

Perú

DOI: 10.24265/voxjuris.2023.v41n2.02

Recibido: 16 de noviembre de 2022.

Aceptado: 27 de enero de 2023.

### SUMARIO

- Introducción.
- Materiales y métodos.
- Desarrollo y resultados.
- Conclusiones.
- Fuentes de información.

### RESUMEN

El incremento de los conflictos socioambientales en el Perú genera la percepción, a nivel de la población, de una escasa intervención del Estado en el manejo de estos y que ello contribuye a que alcancen niveles de violencia. El presente estudio tiene como objetivo, determinar si la escasa e inoportuna intervención del Estado, es la que contribuyó a que los conflictos socioambientales se tornen violentos en el Perú, durante los periodos 2004 – 2020, a través de la metodología del estudio de caso, con la revisión de 189 reportes mensuales de la Defensoría del Pueblo, publicados entre octubre 2004 a julio 2020, donde se evaluó el comportamiento de las entidades estatales en 99 conflictos socioambientales reportados como activos en el informe defensorial de julio del 2020. En base a la información analizada, se logró determinar, que existe, participación de entidades del Estado, en todos los conflictos socioambientales estudiados, cumpliendo diferentes roles y a través de instituciones en sus tres niveles (nacional, regional y local). El alto porcentaje de conflictos que alcanzan el nivel de violencia y otras evidencias, nos

permiten concluir que la intervención estatal se caracteriza por ser reactiva, ineficiente y con escasa coordinación entre sus diferentes instancias.

### PALABRAS CLAVE

Conflictos sociales, Estado, gestión, socioambientales, violencia.

### ABSTRACT

The increase in socio-environmental conflicts in Peru generates the perception, at the level of the population, of a lack of State intervention in the management of these conflicts and that this contributes to their reaching levels of violence. The objective of this study is to determine whether the scarce and untimely intervention of the State contributed to socio-environmental conflicts in Peru becoming violent, during the periods 2004 - 2020, through the methodology of the case study, with the review of 189 monthly reports of the Defensoría del Pueblo, published between October 2004 and July 2020, which evaluated the behavior of state entities in 99 socio-environmental conflicts reported as active in the Defensoría del Pueblo report of July 2020. On the basis of the information analyzed, it was possible to determine the participation of State entities in all the socio-environmental conflicts studied, fulfilling different roles and through institutions at its three levels (national, regional and local). The high percentage of conflicts that reach the level of violence and other evidence, allow us to conclude that the

state intervention is characterized by being reactive, inefficient and with little coordination between its different instances.

## KEYWORDS

Social conflicts, State, socio-environmental management, violence.

## INTRODUCCIÓN

En el planeta se está agudizando el impacto negativo en el medioambiente, por causas antrópicas y el cambio climático; en ese contexto el Perú no está exento de la tendencia mundial, en el incremento de los conflictos socioambientales; los que se dan no sólo por la defensa del medio ambiente, además, existen tras de ellos factores relacionados a temas económicos, sociales, culturales y políticos. Es por ello que estudiar el desempeño que el Estado peruano ha tenido al gestionar conflictos socioambientales, resulta importante no solo porque estos repercuten en actividades económicas, que son importantes para el desarrollo del país y deben de realizarse en un entorno de paz, en armonía con el medio ambiente y la población; sino que además, es necesario dar a conocer a la población sobre la responsabilidad y rol de las entidades estatales en la gestión de conflictos y a las mismas instancias del Estado proveerlas de información, para evaluar su desempeño, definir sus fortalezas y debilidades y diseñar las estrategias y normas que sean necesarias para gestionarlos de mejor forma.

Como ha ocurrido en la mayoría de los casos analizados, la intervención, en los conflictos socioambientales, por parte del Estado peruano, ha sido de manera reactiva, se ha dado cuando éstos han alcanzado la etapa de escalonamiento o crisis; además con escasa coordinación entre las diferentes instituciones que integran el Estado y que son responsables de la gestión de los mismos. Lo anteriormente mencionado se explica, según Balbuena y Ramos (2017), porque el Estado peruano está conformado por instituciones de nivel horizontal (poder ejecutivo u otros) y vertical (gobierno nacional, regional o local), que tienen miradas diferentes y contradictorias sobre cómo gestionar la utilización y aprovechamiento de los recursos naturales del país.

El presente estudio, es parte del trabajo de investigación: Conflicto y violencia: intervención del Estado en los conflictos socioambientales Mercado y Muñoz (2021), que se llevó a cabo bajo la interrogante: ¿Es la escasa e inoportuna intervención del Estado peruano, la que contribuye

a que los conflictos socioambientales se tornen en violentos? y para responderla, se realizó el análisis a través del método del estudio de caso, evaluando el comportamiento de las entidades estatales peruanas, en conflictos socioambientales activos reportados por la Defensoría del Pueblo en el mes de julio del (2020)

Los problemas socioambientales, que afectan medios de subsistencia y la cultura de las comunidades, se observan antes y con mayor claridad dentro de ellas; por lo que, al no existir una oportuna intervención estatal, pueden generar choques y conflictos duraderos (Van Assche, Gruezmacher & Beunen, 2022). En ese sentido Rodríguez-Robayo et al. (2021) indican que urge el abordaje de los conflictos socioambientales con un enfoque integral y transdisciplinario, para la comprensión de sus causas y efectos, y generar propuestas de gestión territorial sostenible. Se debe de resaltar que de acuerdo a Raftopoulos (2017) el incremento de protestas violentas contra actividades extractivistas a gran escala en América Latina, genera un nuevo campo de batalla político por los derechos humanos y el medio ambiente, siendo necesario realizar investigaciones sobre la relación entre derechos humanos, extractivismo y medio ambiente.

En el caso del Perú, podemos indicar, con respecto a la participación de las entidades estatales en la gestión de los conflictos socioambientales, lo que Ugarte (2018) encontró al analizar el conflicto en torno al proyecto minero de "Tía María", y fue que los pobladores y dirigentes de la zona identifican al Estado con instancias del poder ejecutivo y la policía nacional y no con sus autoridades locales o regionales; situación que se puede explicar por la forma centralista y desarticulada con la que el Estado gestionó este conflicto. De otro lado Cahui (2017), en su estudio sobre la resolución del conflicto socioambiental de San Antón en Puno, indica que, debido a la cosmovisión andina de las autoridades, estas adoptaron una posición pacificadora en la prevención del conflicto, en lugar de las posiciones de violencia. Con respecto a la duración de los conflictos, Llerena y Nario (2017), encontraron que, el tiempo promedio en el que estos permanecen en la fase de latencia, tiene influencia con relación al tiempo que duraran.

El derecho de las personas, para realizar reuniones pacíficas, es reconocido en el artículo N° 21 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ONU, 1966). Para el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (2020), este derecho humano fundamental, es trascendental, debido a que resguarda la autonomía de las personas

para actuar en solidaridad con otras, para presentar ideas u objetivos de manera pública y cuando es pacífica pueden generar soluciones inclusivas. Lanza (2019), indica que es el derecho a la libre manifestación esencial para el funcionamiento y existencia del sistema democrático.

Para entender el conflicto social, podemos citar a Meseguer (2018), que indica que éstos son hechos sociales, que se dan por que vivimos en sociedad y es intrínseca a ella y se genera por diferencias de ideales, intereses, u otros aspectos, que no son opuestos necesariamente, pero que, se intentan imponerse los unos a los otros, además sostiene que el conflicto y la sociedad evolucionan y alteran juntos.

Con respecto a los conflictos socioambientales; Tetreault (2021), sugiere que la expansión de las actividades extractivas ha creado condiciones que conducen a la multiplicación de estos, pero que no existe una proporción directa entre el tamaño de la actividad y el aumento de los mismos; para Bedoya (2015), no se dan necesariamente por una posición en contra de la minería, sino por falta de transparencia de los estudios de impacto ambiental. La Carta Mundial de la Naturaleza de la ONU, Nueva York 1982, en su numeral 11 literal b) establece que:

Las actividades que puedan extrañar graves peligros para la naturaleza serán precedidas por un examen a fondo y quienes promuevan esas actividades deberán demostrar que los beneficios previstos son mayores que los daños que puedan causar a la naturaleza y esas actividades no se llevarán a cabo cuando no se conozcan cabalmente sus posibles efectos perjudiciales.

Es importante subrayar que los conflictos socioambientales, no sólo se dan como consecuencia de la defensa del medio ambiente, existen también factores económicos, sociales, culturales y políticos que están detrás de su generación, que por las diferencias de interpretación o intereses incompatibles se pueden volver violentos. En ese sentido para Alfie (2015) se dan como consecuencia del crecimiento de las industrias extractivas, generando que las comunidades desarrollen estrategias, que buscan controlar la actividad minera, pudiendo llegar a impedir la ejecución de algunos proyectos, aludiendo una contrariedad con el desarrollo y afectación del medio ambiente comunal.

En lo que respecta, a la duración de los conflictos socioambientales, Llerena y Nario (2017), indican que en la literatura empírica se ha trabajado más en los determinantes de las causas, que sobre los factores que afectan o determinan la duración de éstos. Existen algunos estudios que establecen que el tiempo que

duran los conflictos mineros, depende de factores como, las causas que los originan, el tiempo que se toma en su gestión, el uso de mesas de dialogo, el nivel socioeconómico y número de actores que involucran, entre otros (Muñoz-Najar y Zhang, 2011, p.55); por lo tanto, los conflictos se resuelven cuando se eliminan las desigualdades sociales que los originan, siendo necesario conocer cómo éstas afecta a los involucrados (Bretones y Quesada, 2017, p. 3).

Se puede establecer, que no existe un consenso sobre la clasificación de las fases de los conflictos sociales, pero en general estos inician con una etapa sin violencia, que puede escalar hasta llegar una etapa violenta, pasando por una fase de diálogo. Serrano (2017), diferencia la gestión y resolución de conflictos sociales, indicando que, para su resolución, es necesario entender cómo inicia y culmina y buscar coincidencias entre los protagonistas, mientras que para la gestión es necesario reconocer la imposibilidad de resolverlo, buscando limitar sus efectos destructivos. Con respecto a los actores involucrados, Castellares y Fouché (2017), identifican tres tipos en los conflictos mineros: las empresas, (nacionales, internacionales, formales o informales); el Estado con entidades de sus tres niveles y las poblaciones de las zonas mineras que participan a través de sus gremios, comunidades y otros.

El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (2020), sobre la violencia en los conflictos sociales establece que involucra el uso de la fuerza física, que no puede ser utilizada por participantes que ejercen su derecho a una reunión “pacífica”, esta puede generar daños graves a bienes (públicos o privados), lesiones o la muerte de personas. Por otro lado, el Comité indica que no constituyen actos violentos, los empujones, interrupción del tráfico de vehículos o la paralización de actividades diarias. Por su parte Saldaña y Portocarrero (2017), indican que la violencia puede provenir de la reacción del Estado frente a las protestas, generando violencia por el uso de la fuerza y la criminalización de las mismas.

## **MATERIALES Y MÉTODOS**

El presente estudio se realizó a través del método del estudio de caso, con el fin de determinar la existencia y tipo de intervención del Estado en los conflictos socioambientales, en tres instancias, (local, regional o nacional) y si esta es la que contribuye a que los conflictos socioambientales se tomen violentos; para ello fue necesaria la acotación de un periodo y número significativo de conflictos socioambientales. Dada la gran cantidad de conflictos que han existido desde el inicio de los reportes defensoriales y la complejidad

que significaría su seguimiento, se determinó estudiar el comportamiento de las instancias estatales, en el total de los conflictos socioambientales, reportados como activos (casos activos) por la Defensoría del Pueblo en su informe de conflictos de julio del 2020.

Se escogió el método del estudio de caso, por ser útil para analizar fenómenos sociales complejos, en escenarios cambiantes en el tiempo, pero no debe asumirse como una muestra representativa (Peña, 2009); es aplicable a la evaluación de políticas, organismos, programas, proyectos u otros. (Simons, 2013). La información se puede recoger de diferentes fuentes tanto cuantitativas o cualitativas, como archivos, entrevistas, observaciones, documentos, objetos y otros (Martínez, 2006).

En el análisis de la información se encontraron 99 casos activos a esa fecha, siendo el más antiguo el conflicto reportado como activo desde octubre del 2004; esto significó revisar y analizar la información

contenida en 189 reportes mensuales de la Defensoría del Pueblo, publicados entre octubre del 2004 a julio del 2020 abarcando un periodo de 17 años, la recopilación de información para responder a los objetivos y el problema de investigación, estuvo relacionada a revisar en cada uno de los reportes la siguiente información de cada caso:

- La participación de las instancias estatales (en número y nivel) y cuál fue su rol.
- La presencia de algún mecanismo de diálogo.
- ¿Cuál fue el tiempo que pasó para que se inicie la etapa de diálogo?
- La presencia de actos de violencia (de acuerdo con la definición de la Defensoría del Pueblo).
- Qué rol y participación tuvieron las entidades estatales en los conflictos socioambientales que han alcanzado en algún momento la fase de crisis o violencia.

En la tabla 1 se puede apreciar la matriz de la *Guía del análisis documental*, construida para este fin.

**Tabla 1. Guía de análisis documental**

Ámbito temático	Problema de investigación	Objetivo general	Objetivos específicos	Categorías	Sub categoría	Indicadores	Instrumentos
Perú	¿Es la escasa e inoportuna intervención del Estado, la que contribuye a que los conflictos	Explicar y analizar según categoría si la escasa e inoportuna intervención del Estado, es la que contribuye a que los conflictos socioambientales se tornen violentos.	Analizar y explicar la intervención del Estado, en los conflictos socioambientales activos, informados por la Defensoría del Pueblo, 2020.	Conflictos socioambientales.	Intervención del Estado	Número de conflictos socioambientales activos en julio 2020 en los que participa alguna entidad del Estado (CSAE), con respecto al universo de 99 conflictos socioambientales activos (TCSA), expresado en porcentaje.  $(CSAE) \times 100$ TCSA	Análisis documentarios de los reportes mensuales de la Defensoría del Pueblo
			Analizar y explicar la fase de dialogo en los conflictos socioambientales activos, informados por la Defensoría del Pueblo, 2020.		Fase de diálogo	Número de meses que transcurre desde que es reportado como nuevo el conflicto socioambiental hasta que se reporta el inicio del Diálogo.  Número de meses que transcurre desde que es reportado como nuevo el conflicto socioambiental hasta el 31 de julio del 2020.	
			Analizar y explicar la crisis y la violencia en los conflictos socioambientales activos, informados por la Defensoría del Pueblo, 2020.		Crisis y violencia.	Conflictos socioambientales activos, expresado en número, que tuvieron algún acto de violencia (CSAV), con respecto al universo de 99 conflictos socioambientales activos (TCSA), expresado en porcentaje.  $(CSAV) \times 100$ TCSA  Tipo de participación, (Actor terciario, secundario o primario), expresada en número, en los conflictos socioambientales activos en los que se dio algún acto de violencia, con relación a todos los conflictos socioambientales activos en los que se dio algún acto de violencia (CSAV), expresado en porcentaje.	
			Analizar y explicar el tiempo de demora del diálogo en los conflictos socioambientales activos, informados por la Defensoría del Pueblo, 2020.		Tiempo demora del diálogo.	Número de meses que transcurre desde que es reportado como nuevo el conflicto socioambiental en el que, en algún momento de su desarrollo existió algún acto de violencia, hasta que se reporta el inicio del Diálogo.	

Fuente y elaboración propias (2022).

## DESARROLLO Y RESULTADOS

El principal objetivo del presente estudio es el de explicar y analizar según subcategorías, si la escasa e inoportuna intervención del Estado, es la que contribuye a que los conflictos socioambientales se tornen violentos en ese sentido en el desarrollo del análisis se ha podido encontrar.

### Intervención del Estado

El estudio, nos muestra que, evidentemente sí hay presencia del Estado en la gestión de los conflictos socioambientales, ya que en todos los estudiados, ha existido la intervención de alguna entidad estatal; inclusive, en al rededor del 97% de ellos, la participación de estas se ha dado en cumplimiento de su mandato o función para el manejo de los mismo. Este hallazgo, es importante, ya que contradice la percepción en la ciudadanía sobre la ausencia, en la gestión de conflictos socioambientales, por parte de entidades del Estado peruano, igualmente si nos remitimos a otras fuentes, este resultado, es similar; a lo informado por la Presidencia del Consejo de Ministros, que reporta la intervención estatal en 120 procesos de dialogo (reporte Willaqniki de julio del 2020). De otro lado, en estudios y artículos

revisados de manera complementaria; no se pudo encontrar evidencias, que indiquen una falta de participación, en los conflictos sociales, de entidades estatales, lo que existe, en estos estudios, es un consenso, en que su intervención es carente de articulación entre sus instancias y reactiva sin un enfoque preventivo (Casas, 2017), así concluye también Ugarte (2018), indicando, además, que ésta no tiene un enfoque transformador de los mismos. Para Arbaiza, et al, (2018) la intervención se guía de lineamientos y estrategias, orientados a gestionar información y de especialización funcional, pero al carecer un órgano rector no se tiene una articulación entre las entidades del Estado.

Un punto a resaltar, es que se encontró que en el 41.4% de los conflictos, existe la participación de instituciones estatales como uno de los tres tipos de actores, es decir, que actúan como parte directa del conflicto (primarios), como actores secundarios con intereses o funciones en el conflicto o como instancias responsables de la gestión del mismo conflicto (terciarios). En la tabla N° 2 se puede apreciar las diferentes formas de participación de las instituciones estatales, por alcance de la institución: Nacional (N), Regional (R) o Local (L) y por su rol primario, secundario o terciario.

**Tabla 2: Forma de participación de entidades del Estado según nivel**

Rol/Actor	Conflictos en los que han participado	Nivel de la entidad del Estado						
		N	N,R,L	N,R	N,L	R	R,L	WL
Terciario	96	78		14	1	3		
Secundario	96	28	26	31	8	1	2	
Primario	43	10	1		3	2	5	22

Elaboración propia. Fuente: Defensoría del Pueblo (2020) <https://www.defensoria.gob.pe/documentos/reportes-mensuales-de-conflictos-sociales-n-197-julio-2020/>

Cabe indicar que la mayor presencia de entidades de nivel nacional se explica, por la intervención predominante de la Defensoría del Pueblo y de la Secretaría de Gestión Social y Diálogo, instituciones que si bien es cierto tienen un alcance nacional, participan a través de sus representaciones regionales.

### Fase de diálogo

Otro tema de análisis, fue el de determinar la presencia de algún mecanismo de diálogo en los

conflictos socioambientales estudiados, como un indicador de gestión del mismo. Al respecto se puede indicar que en el 75.8% de éstos, se ha alcanzado la fase de diálogo; sin embargo, este resultado no nos permite analizar y evaluar cuál es la participación y el comportamiento que tienen las entidades estatales en ellos; esto coincide con lo manifestado por Díaz (2019) quien indica que si bien es cierto que, la mayoría de los pedidos para el inicio del proceso de diálogo en el año 2017 provinieron de alguna entidad estatal (65%), ello no significa

necesariamente una posición inicialmente dialogante del Estado. De otro lado, la presencia de algún mecanismo de diálogo podría ser una extensión de la vigencia del conflicto, en lugar de ser un mecanismo de solución del mismo (Pérez y Barrantes, 2020, p. 10).

### **Crisis y violencia**

El estudio también nos ha mostrado que, el 52.5% de los conflictos socioambientales, han tenido por lo menos un hecho considerado de violencia, esta cifra es un indicador de que el Estado no estaría cumpliendo con su rol de interlocutor y garante para la resolución pacífica de éstos. Lanza (2019) establece que cuando en un conflicto social surgen acciones de violencia, debe entenderse que las entidades estatales no han tenido la capacidad para garantizar el derecho de protesta de la población; las autoridades deben de promover el diálogo antes y en el desarrollo de la misma, previniendo acciones violentas que afecten la integridad de la población.

Otro hallazgo a resaltar, con respecto a los actos de violencia en los conflictos estudiados, es que existen más actos violentos en aquellos que se encuentran o han alcanzado la fase de diálogo (73%), por lo que se pueden inferir dos razones que involucran a las entidades estatales, la primera, es que se debe a una acción reactiva para iniciar el proceso de diálogo, el que se da de manera posterior a un acto de violencia o la segunda, es que se debe a una mala gestión de los conflictos, debido a que, a pesar de que se encuentran en proceso de diálogo se han dado actos de violencia. Estas dos razones coinciden con lo reportado por Díaz (2019), quien sostiene que el Estado peruano propone la conformación de espacios de diálogo generalmente después de que en el conflicto han surgido actos violentos, revela que el 53.1% de los casos iniciaron esta etapa luego de que ocurrieron éstos actos y lo indicado por Casas (2017) que atribuye el rebrote de los conflictos, a la carencia de institucionalidad para hacer cumplir los acuerdos establecidos entre los actores en conflicto, en otras palabras una deficiente gestión de los conflictos, por parte de las instituciones estatales involucradas.

Adicionalmente, al evaluar si existen diferencias, en el tiempo que les toma alcanzar la fase de diálogo, entre los conflictos que presentan actos de violencia y en los que no se han dado estos actos, se ha encontrado

que, en estos últimos, el 89% alcanzaron la fase de diálogo dentro del mes de reportados como nuevos, cifra superior con respecto al 63% en los que sí han existido actos de violencia, que alcanzaron la fase de diálogo dentro del mes de reportados como nuevos. Estos resultados concuerdan con lo referido por Pérez y Barrantes (2020), que aseveran que los conflictos suelen alargarse o ser más duraderos cuando han existido actos de violencia en su desarrollo; por su parte la Defensoría del Pueblo (2019), sostiene que la inversión del Estado peruano no ha sido suficiente, lo que ha generado actos violentos y desconfianza en los procesos de diálogo, con consecuencias de costos por la violación de derechos de las personas, pérdidas económicas y disminución del desarrollo del país.

### **El tiempo de demora del diálogo**

Habiendo determinado, la existencia e intervención de instituciones del Estado en todos los conflictos socioambientales estudiados, se ha podido dilucidar que en el 76% de ellos, se alcanzó la fase de diálogo dentro del mes de reportado como nuevo (figura N° 1), este resultado representa un incremento significativo con respecto a lo reportado por Díaz (2019) quien revela que el 60% de los casos del periodo 2013 al 2015, alcanzaron esta fase en ese mismo plazo.

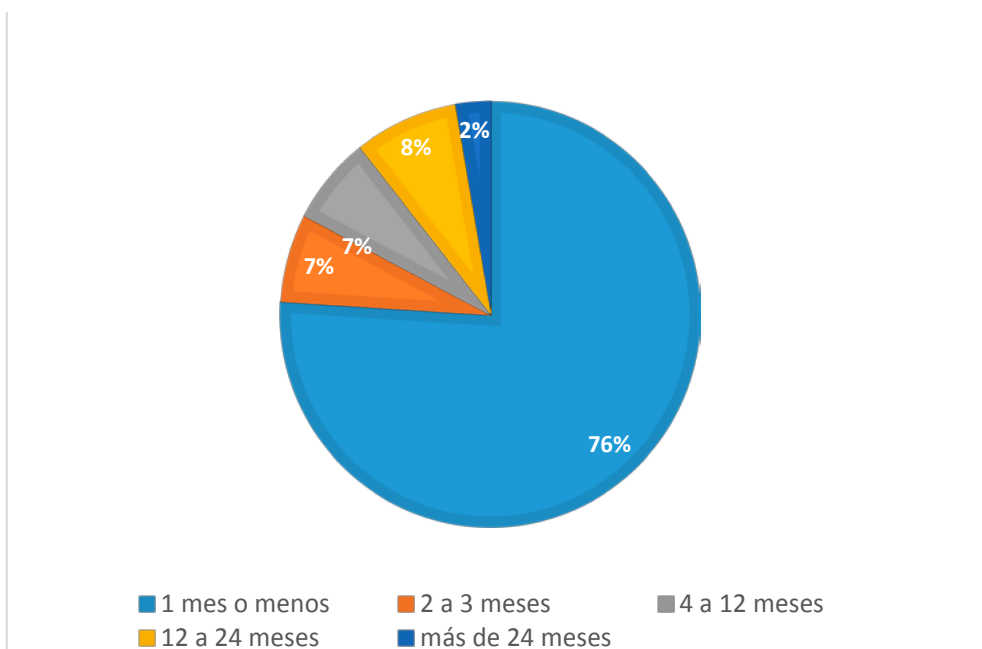
Este alto porcentaje de conflictos que inician el proceso o la fase del diálogo podría entenderse, como que la mayoría de ellos son atendidos de manera oportuna, a través de algún mecanismo para el diálogo entre las partes, pero ello no es necesariamente cierto, se deben de tener en consideración dos puntos, el primero, está referido a que, gran parte de éstos conflictos son reportados como nuevos, cuando ya se hacen evidentes, a través de actos de protesta o en el peor de los casos por actos de violencia, lo que indicaría que realmente éstos han estado en fases previas por un mayor tiempo a la fecha que fueron reportados y el segundo punto a considerar es que en contraste, al 31 de julio del 2020, en el 24% de los conflictos socioambientales no se ha dado el diálogo y la mitad de estos llevan más de 5 años sin poder llegar a esa fase. Para poder explicar estos dos puntos, es importante tener en consideración lo indicado por Díaz (2019) que, en los períodos insipientes de los



conflictos, existe un acercamiento de los actores (hacia entidades del Estado) para presentar sus problemas en búsqueda de solución, pero la falta de atención es lo que genera la evolución de estos; el mismo

Díaz (2019) afirma que un mes para el inicio del diálogo es un tiempo muy largo, debido a que un conflicto en cuestión de días puede desbordarse y llegar a niveles altos de violencia.

**Figura 1. Distribución del tiempo promedio del inicio del diálogo en conflictos sociales activos al 31 de junio de 2020**



Elaboración propia. Fuente: Defensoría del Pueblo (2020)

Se ha encontrado, en el caso de los 24 conflictos que no alcanzaron la fase de diálogo, que el 71% de ellos llevan más de 2 años desde que fueron reportados sin llegar a esa fase.

### **El tipo de rol que cumplen las entidades del Estado, en los conflictos socioambientales activos que alcanzaron la fase de violencia**

Finalmente se puede indicar que se ha encontrado que en el 100% de los conflictos que han alcanzado algún nivel de violencia, ha participado alguna entidad estatal y en el 44.2% de estos, se ha dado como parte directa del conflicto (actor primario). Lo antes mencionado coincide con lo indicado por Balbuena y Ramos (2017) respecto a que existe discordancias en el manejo de los conflictos en las instancias estatales en sus tres instancias (nacional regional y local) y esto se da tanto

nivel horizontal como vertical, existiendo además intereses contrapuestos referidos al uso y aprovechamiento de los recursos naturales. Asimismo, lo encontrado en el presente estudio, coincide con lo determinado por Casas (2017), en referencia a que las instancias estatales y los otros actores del conflicto no tienen claro sus roles. Para Díaz (2019), la mayor dificultad para que se inicien los procesos de diálogo en los conflictos sociales, es la identificación de los interlocutores, principalmente los del Estado, ya que generalmente la sociedad civil y las empresas involucradas son organizaciones con representantes, estructuras y roles definidos.

Lo determinado en el estudio se ve respaldado con lo sostenido por la Defensoría del Pueblo (2017), en referencia a que en los diferentes niveles del Estado se tienen dificultades para la articulación de sus trabajos de prevención y gestión, así como en registrar y analizar

las causas de los conflictos sociales. La falta de coordinación de las instituciones de nivel nacional con los gobiernos regionales, se da por la carencia de mecanismos formales, criterios teóricos e instrumentos diferentes y la inexistencia de procedimientos para recopilar y centralizar información.

En ese sentido y en base a lo encontrado en el presente estudio, se puede determinar que no es escasa la participación del Estado en los conflictos socioambientales analizados; por el contrario, alguna entidad estatal participa en ellos; sin embargo, al analizar los resultados en su conjunto, se puede inferir que la intervención de las instituciones estatales se da de manera reactiva y desarticulada, con criterios e intereses diferentes y ello, si puede contribuir a que los conflictos socioambientales se tornen violentos. Para Díaz (2019) puede existir una correspondencia entre la inoportuna atención de los conflictos por parte del Estado peruano y que estos escalen hasta la fase de violencia, generándose un círculo vicioso. Es importante mencionar, además, lo que concluyen diferentes autores sobre este mismo tema: Casas (2017) refiriéndose a la mediación estatal en conflictos relacionados a la minería, destaca la importancia de que el Estado muestre consistencia y coordinación en la intervención de sus instituciones, mientras que Barrantes (2017) sobre este mismo tipo de conflictos indica que las entidades del Estado no aceptan el diálogo en igualdad de condiciones. Por su parte Llerena (2017), indica que la escasa institucionalidad en los gobiernos locales y regionales contribuye con que se generen ese tipo de conflictos; resalta además que un Estado con instituciones sólidas disminuiría la ocurrencia de los mismos; asimismo Ramon (2012) manifiesta que el Estado, fue incluyendo de manera progresiva, en sus diferentes niveles de gobierno, así como en sus entidades autónomas, como un tema prioritario la conflictividad social; pero que la capacidad de gestionar, prevenir y transformarlos no era óptima ante la magnitud de los problemas, situación que de acuerdo a los resultados del presente estudio aun al año 2020 persiste.

## CONCLUSIONES

La intervención de las instancias estatales en los conflictos socioambientales estudiados y su efecto sobre a que estos alcancen niveles de violencia, no se puede medir con indicadores de manera individual, es decir con un solo

indicador, ya que pueden generar información sesgada que conlleve al error. En ese sentido se planteó realizar, el análisis a través de tres indicadores, relacionados con: el porcentaje de los conflictos en los que participa alguna entidad estatal, es decir en cuantos de los 99 conflictos participó algún tipo de ellas, el tiempo que transcurre desde que es reportado como nuevo el conflicto hasta que se inicie el diálogo (agrupando los conflictos por los meses transcurridos desde su inicio con respecto al total de los conflictos en los que se ha dado el diálogo) y el tipo de participación de las entidades estatales en los conflictos en los que se ha dado por lo menos un acto de violencia.

En base a los resultados del estudio, se ha podido comprobar que no es escasa la participación del Estado peruano en los conflictos socioambientales, por el contrario, existe la participación de alguna institución estatal, de cualquiera de sus tres niveles, en todos los conflictos estudiados, y esta intervención se da, ya sea cumpliendo roles como actores, primarios, secundarios y lo más impórtate, en el 96.7% de los casos, como actores terciarios, cumpliendo así con su función y misión para la gestión de los mismos.

Sin embargo, al analizar, este nivel de participación conjuntamente con los otros indicadores se puede desprender que la intervención de las instituciones estatales en la gestión de los conflictos socioambientales estudiados, es reactiva, desarticulada y con criterios e intereses diferentes y que ello si puede contribuir a que los conflictos socioambientales sean mal gestionados, manifestándose esta deficiente gestión a través de actos de violencia. En adición, se puede concluir también que, no se puede determinar si se tienen mejores resultados con la intervención de instancias estatales locales o regionales como actores terciarios, ya que la mayor intervención se da a nivel de entidades de alcance nacional, ya sea a través de sus oficinas principales o a través de sus oficinas regionales.

Asimismo, se puede concluir que la presencia de mecanismos de diálogo en el 75.8% de los conflictos socioambientales analizados, y que en la mayoría de ellos se ha alcanzado dentro del mes de reportado el conflicto, no es necesariamente un indicativo de la eficiencia del Estado en la gestión de los conflictos, ya que, en primer lugar, la Defensoría del Pueblo registra como nuevos los conflictos, cuando se hace evidente el problema, demostrado el accionar reactivo de las instancias del Estado y en segundo lugar, en el 51% de los conflictos que existe algún

mecanismo de diálogo, ha existido por lo menos una acción de violencia, que es un indicador de una mala gestión de los conflictos.

De otro lado, analizando los conflictos en los que no se ha alcanzado la fase de diálogo (24% del total), se encuentra que en ellos se dan proporcionalmente más casos de violencia y la gran mayoría llevan más de 2 años sin llegar a la fase de diálogo, lo que constituye un indicador más de la inadecuada gestión de las entidades estatales de los conflictos evaluados.

Finalmente, en base a lo anteriormente mencionado, se puede inferir que estos resultados, de la intervención de las instancias del Estado peruano, se da por la falta de la aplicación de políticas, estrategias y de una entidad que lidere la gestión de conflictos.

### FUENTES DE INFORMACIÓN

Arbaiza, L. et al. (2018). *La gestión del conocimiento y los conflictos socioambientales en el Perú*. Universidad ESAN. <https://www.esan.edu.pe/publicaciones/serie-gerencia-para-el-desarrollo/2018/>

Alfie, M. (2015). Conflictos socio-ambientales: la minería en Wirikuta y Cananea. *El Cotidiano*, (191), 97-108. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=32538023011>

Balbuena, P. y Ramos, G. (2017). Gestión del cumplimiento de los acuerdos derivados de los conflictos sociales: un modelo de análisis desde la gestión pública y las políticas públicas. *Politai: Revista de Ciencia Política*, (15), 81-92. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/politai/article/viewFile/19588/19686>

Barrantes, M. (2017). Los conflictos mineros activos y socioambientales en el Perú, 2017. *Revista científica Investigación Andina*, 17 (2), 118-124. <https://revistas.uancv.edu.pe/index.php/RCIA/article/view/553>

Bedoya, C. (2015, agosto). Los conflictos socioambientales en el Perú y sus múltiples formas de entenderlos... y actuar en consecuencia. *La trama*, (46), 1-10. [http://www.revistalatrama.com.ar/contenidos/larevista\\_articulo.php?id=313&ed=46](http://www.revistalatrama.com.ar/contenidos/larevista_articulo.php?id=313&ed=46)

Bretones, M & Quesada, J. (2017). Conflictos Sociales de Largo Recorrido. *Anuari del Conflicte Social 2017*, (7), 1-10. <https://revistes.ub.edu/index.php/ACS/article/view/27022/28064>

Cahui, Y. (2017). *Participación de las autoridades locales en la resolución de conflictos socio-ambientales del distrito de San Antón - Azángaro (tesis de pregrado)*. Universidad Nacional del Altiplano. Perú. <http://repositorio.unap.edu.pe/handle/UNAP/6004>

Casas, C. (2017). *Conflictos mineros y acuerdos comunitarios: Identificación de mecanismos de retroalimentación*, Universidad del Pacífico. <https://repositorio.up.edu.pe/handle/11354/1715>

Castellares, R & Fouché, M. (2017). *Determinantes de los conflictos sociales en las zonas de producción minera*, Banco Central de Reserva del Perú. <https://www.bcrp.gob.pe/docs/Publicaciones/Documentos-de-Trabajo/2017/documento-de-trabajo-05-2017.pdf>

Defensoría del Pueblo (octubre, 2004 a Julio, 2020). *Reportes mensuales de conflictos sociales desde el N° 07 al 197, (Adjuntía para la Prevención de Conflictos Sociales y la Gobernabilidad)*. <https://www.gob.pe/institucion/defensoria-del-pueblo/coleccion/1356-reportes-de-conflictos-sociales>

Defensoría del Pueblo (2017). *El Valor del Dialogo: Serie Documentos Defensoriales N° 29*. <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2019/02/El-valor-del-dialogo.pdf>

Defensoría del Pueblo (2019). Los costos del conflicto social: Serie Informes de Adjuntía - Informe N° 001-2019-DP/APCSG. <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2020/05/Informe-de-adjuntia/>

Defensoría del Pueblo (Julio, 2020). *Reporte de conflictos sociales N° 197, (Adjuntía para la Prevención de Conflictos Sociales y la Gobernabilidad)*. <https://www.defensoria.gob.pe/documentos/reportes-mensuales-de-conflictos-sociales-n-197-julio-2020/>

Díaz J. (2019). El rol del Estado peruano en la gestión de los conflictos sociales. *Investigaciones Sociales UNMSM*, (22), 247-261. <https://doi.org/10.15381/is.v22i42.17491>

Lanza, E. (2019). *Protesta y Derechos Humanos, Estándares sobre los derechos involucrados en la protesta social y las obligaciones de deben guiar la respuesta estatal*, Comisión Interamericana de Derechos Humanos. <https://www.oas.org/es/cidh/expresion/publicaciones/ProtestayDerechosHumanos.pdf>

- Llerena, M. & Nario, T. (2017). *La Duración de los Conflictos Sociales relacionados a Recursos Hídricos en el Perú (tesis de maestría)*. Pontificia Universidad Católica del Perú. <http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/13242>
- Martínez, P. (2006). El método de estudio de caso: estrategia metodológica de la investigación científica. *Pensamiento & Gestión* (20), 165-193. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=64602005>
- Meseguer, D. (2018). El poder del conflicto. *Revista hispanoamericana de Historia de las Ideas*, (38), 115-120. <https://www.revistalarazonhistorica.com/app/download/>
- Muñoz-Nájar, M. & Zhang, H. (2012). Medios, oportunidades y gestión: la duración de los conflictos mineros en el Perú. *Economía y Sociedad* (79), 50-57. <https://cies.org.pe/sites/default/files/investigaciones/>
- Naciones Unidas (2020). Observación general núm. 37 (2020), relativa al derecho de reunión pacífica (artículo 21) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. <https://undocs.org/es/CCPR/C/GC/37>
- Peña, W. (2009). El estudio de caso como recurso metodológico apropiado a la investigación en ciencias sociales. *Revista Educación y Desarrollo Social*, 2 (3), 180-195. <https://revistas.unimilitar.edu.co/index.php/reds/article/view/887>
- Pérez, C. & Barrantes N. (2020). Entendiendo los determinantes y la duración de los conflictos sociales mineros. CIES. <https://cies.org.pe/sites/default/files/files/articulos/economiasociedad/>
- Presidencia del Consejo de Ministros (Julio, 2020). *Willaqniki N° 7-2020*, reporte mensual julio. <https://www.gob.pe/institucion/pcm/informes-publicaciones/>
- Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo – PNUD (2016). *Diálogo y gobernanza de los recursos naturales en el Perú. 24 avances representativos*. PNUD. <https://www.pe.undp.org/content/peru/es/home/presscenter/articles/2016/10/12/24>
- Raftopoulos M. (2017). Contemporary debates on social-environmental conflicts, extractivism and human rights in Latin America. *The International Journal of Human Rights*, 21 (4), 387-404. <https://www.tandfonline.com/doi/pdf/10.1080/13642987.2017.1301035>
- Rodríguez-Robayo K, et al. (2022). Socioecological conflicts in Mexico: Trends and gaps in the regional analysis. *Environmental Science and Policy*, (127), 12-21. <https://doi.org/10.1016/j.envsci.2021.10.008>
- Saldaña J. & Portocarrero J. (2017). La violencia de las leyes: el uso de la fuerza y la criminalización de protestas socioambientales en el Perú. *Derecho PUCP*, (79), 311-352. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201702.013>
- Serrano, O. (2017, 19 de julio). *Solución de conflictos y teoría de juegos en torno de la contaminación ambiental y la seguridad humana, una visión a partir de Vincenz Fisas y Stéphanie Lavaux*. Revista de Derecho y Ciencias Sociales, Volumen (14), p. 283 – 303. Fecha de consulta 28 de abril 2020. Recuperado de: [https://www.revistamisionjuridica.com/wp-content/uploads/2018/06/REVISTA-14\\_WEB-1.pdf](https://www.revistamisionjuridica.com/wp-content/uploads/2018/06/REVISTA-14_WEB-1.pdf)
- Simons, H. (2013). El estudio de caso: teoría y práctica. Ediciones Morata, S. L
- Tetreault D. (2021). *Two sides of the same coin: increasing material extraction rates and social environmental conflicts in Mexico*. Environment, Development and Sustainability. <https://doi.org/10.1007/s10668-021-02025-4>
- Ugarte, M. (2018). *Gestión estatal del conflicto socio-ambiental de “Tía María” en Arequipa: análisis del período 2007-2017 La gestión de los conflictos sociales que provienen de la explotación de recursos naturales y su impacto en el medio ambiente (Proyecto Conga en Cajamarca - recurso natural: oro) período julio 2011 - julio 2016 (tesis de maestría)*. Pontificia Universidad Católica del Perú. <http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/12136>
- Van Assche K., Gruezmacher M & Beunen R. (2022). *Shock and Conflict in Social-Ecological Systems: Implications for Environmental Governance*. Sustainability. 2022, 1-14. <https://doi.org/10.3390/su14020610>

ARTÍCULOS DE REVISIÓN  
DERECHO CONSTITUCIONAL

# LOS CONCEPTOS DE LIBERTAD Y ORDEN EN LOS ORÍGENES DEL CONSTITUCIONALISMO PERUANO

## THE CONCEPTS OF FREEDOM AND ORDER IN THE ORIGINS OF PERUVIAN CONSTITUTIONALISM

Juan De la Puente Mejía  
ORCID: 0000-0002-6302-497X  
Docente USMP  
kotoshperu@gmail.com  
Perú

DOI: 10.24265/voxjuris.2023.v41n2.03

Recibido: 26 de octubre de 2022.

Aceptado: 8 de febrero de 2023.

### SUMARIO

- Introducción.
- Libertad y orden. Evolución de los significados.
- Libertad y orden. Espacio público y textos.
- La gestación liberal.
- La relativa progresión de la libertad.
- El liberalismo textual e institucional.
- El liberalismo de San Martín.
- El primer golpe de Estado.
- La Constitución y la democracia.
- Conclusiones.
- Fuente de información.

### RESUMEN

El artículo aborda la relación de los conceptos de la libertad y el orden en el inicio de la experiencia constitucional peruana, a partir del reconocimiento de un canon liberal que se abrió paso en el ámbito de las ideas durante el proceso de la independencia, jalonado por la influencia externa y la gestación de un pensamiento propio, y de ese modo cuestiona las visiones que absolutizan la falta de originalidad de las ideas en los albores de la república. En el texto se reflexiona sobre las especificidades del juego entre los procesos políticos y constitucionales y la interacción de los lenguajes y de los símbolos, constatando el resultado decisivo de este proceso que dio paso a un liberalismo textual que generalmente difirió de la cultura política.

### PALABRAS CLAVES

Libertad; orden; liberalismo; conservadurismo; Constitución; filosofía política; historia de las ideas.

### ABSTRACT

The article addresses the relationship between the concepts of freedom and order at the beginning of the Peruvian constitutional experience, based on the recognition of a liberal canon that made its way into the field of ideas during the independence process, marked by the external influence and the gestation of his own thought, and in this way he questions the visions that absolutize the lack of originality of the ideas at the dawn of the republic. The text reflects on the specificities of the game between political and constitutional processes and the interaction of languages and symbols, noting the decisive result of this process that gave way to a textual liberalism that generally differed from political culture.

### KEYWORDS

Freedom; order; liberalism; conservatism; Constitution; political philosophy; history of ideas.

### INTRODUCCIÓN

La idea de la república peruana como concreción inicial del ideal emancipador en las dos primeras décadas del siglo XIX fue recurrente, de modo que la aproximación a nuestro primer republicanismo ha sido abundante. El estudio de las ideas de esa etapa presenta dos constantes. La primera reconoce la existencia de un ciclo doctrinario en los inicios de la república; pero anota que las ideas liberales logran triunfar en el campo de las ideas oficiales, mientras que,

en el terreno del comportamiento y de los sentimientos, la tradición conservadora sigue siendo dominante (Portocarrero 1987 p. 88). La otra, más recurrente, es la tesis dependencista que propugna la falta de un proyecto propio republicano desde sus orígenes, en el libro *Independencia en el Perú* (1972) que, bajo la coordinación de los profesores Heraclio Bonilla y Karen Spalding, reunió varios textos, incluido el de Bonilla y Spalding, cuestiona las tesis de la independencia como un resultado de la toma de una conciencia nacional.

A diferencia de otros estudios sobre la república que reducen las ideas a la prédica de los gobiernos, la relación entre liberalismo y república resignifica los valores de un “proyecto nacional y de incorporación política en un escenario dominado, en la mayoría de los casos, por la crisis económica y la violencia” (McEvoy, 1997 p. XI). En *La utopía republicana*, McEvoy realiza seis preguntas centrales: 1) ¿Cuál fue la ideología unificadora que buscó imponerse sobre una realidad social múltiple y fragmentada como la peruana?; 2) ¿Qué grado de efectividad tuvo la misma?; 3) ¿Cómo puede caracterizarse al republicanismo peruano?; 4) ¿Cuáles fueron las limitaciones y contradicciones que dicho proyecto ideológico exhibió?; 5) ¿Qué herencia y tradición política queda en el Perú del proyecto que me propongo analizar?; y 6) ¿Será posible construir un modelo político a partir de un seguimiento en la larga duración del republicanismo? Estas preguntas atraviesan el corpus liberal, son respondidas desde diversos enfoques no siempre concurrentes, aunque pocas veces se ha reflexionado sobre la incidencia de los conceptos de libertad y orden.

La debilidad del liberalismo en el Perú y su evolución desigual se debe esencialmente a la falta de correspondencia entre sus postulados sobre la libertad y el orden en el proceso de la República: una limitación que se establece en los períodos previos a la emancipación y que se reproduce luego de ella, como un discurso y prácticas concesivos con la tradición conservadora y afincadas exclusivamente en la democracia política, disociadas de los otros valores universales de la tradición democrática, especialmente la igualdad, y de nuestra realidad nacional, particularmente su diversidad.

La cuestión del liberalismo en el Perú es abordada desde varios enfoques. Uno de ellos es el de la filosofía y el estudio de las ideas en el Perú. En ese punto, es un eje de la discusión

la crítica frontal a la originalidad de la filosofía expuesta por Augusto Salazar Bondy (ASB) en el sentido que, al no ser un producto autónomo, representa un esfuerzo por la aclimatación de las escuelas filosóficas europeas, con una débil relación con la comunidad histórica nacional. A pesar de ello, la sistematización y periodización de ASB se rige por los marcos de las corrientes y escuelas filosóficas universales<sup>1</sup>.

Salazar Bondy no niega que exista una filosofía peruana; pero sostiene que la reflexión filosófica fue superficial e imitativa, mimetizada respecto a desarrollos y formas de pensamientos que califica de “foráneos y “europeos” (Salazar, 1995 p. 107), que provocaron un contenido “artificial” y una evolución intelectual que no tiene suficientes determinantes locales (Salazar, 1995, p. 109).

Otros autores exhiben una reflexión más matizada, que reconoce que nuestra filosofía deviene de la tradición filosófica europea y occidental y que, sin embargo, “anida, crece y se prolonga” desde el siglo XVI y que con el tiempo asume características particulares “de cara a sus múltiples culturas y sociedades”, en un movimiento que colocó en un segundo plano el “pensar nativo” u otros pensares que, no obstante, permanecieron en el tiempo (Castro 2009 p. 18).

Si nos atenemos al marco epistemológico planteado por ASB: original/foráneo, el eje de la cuestión de las ideas se refiere al proceso y tipo de “aclimatación” de las escuelas filosóficas europeas y a la forma y resultado de la relación de las ideas con la comunidad histórica nacional. Si el parámetro fuera otro, como tradición/plural, el eje pasaría a ser más complejo, la gestación de un proceso particular de las ideas a pesar de su origen, una tradición propia, aunque incompleta.

En el esquema de ASB se aprecia una subestimación firme de las ideas peruanas,

1 Según David Sobrevilla, Salazar Bondy elaboró su visión de las ideas en el Perú a través de sucesivos abordajes, marcados por tres etapas de su obra; formativa o temprana hasta 1961; madura o de proyecto filosófico hasta 1968, en el que formula su tesis de la filosofía de la dominación; y desde esa fecha hasta su muerte, en 1974, donde formula su filosofía de la liberación. Su recorrido podría situarse en sus reflexiones en *La filosofía en el Perú. Panorama histórico* (1954); *Las tendencias filosóficas en el Perú. Cultura Peruana* (1962); *Historia de las ideas en el Perú contemporáneo* (1965); *¿Existe una filosofía de Nuestra América?* (1968); *Entre Escila y Caribdis. Reflexiones sobre la vida peruana* (1969); y *Dominación y Liberación. Escritos 1966-1974, una selección de textos publicada en 1995 por la UNMSM* (Sobrevilla 1995 pp. 15-64).

específicamente de su papel durante el debate de la fundación de la república. La débil mención del ideario liberal deja, además, vacía la apreciación del otro ideario, el conservador, y, por lo tanto, poco analizada su interacción, de la que se ha ocupado principalmente la historiografía peruana, en algunos casos imponiendo una lectura estereotipada que desatiende varias claves del debate de la naciente república y las coincidencias entre ambos relatos.

La crítica salazarista a las ideas en el Perú centrada en su falta de originalidad y autonomía es atendible en la medida que patentiza la demanda de una gestación filosófica propia desde el origen, anotando una especie de “pecado original”. No obstante, la posición de ASB es, al mismo tiempo, totalizante e inexpugnable al reducir la cuestión de la autonomía del pensamiento a un parámetro ontológico dogmático que intenta forzar la originalidad en una tradición que fue largamente construida por la presencia colonial de tres siglos. Desde ese emplazamiento, ASB se resiste a profundizar en los aspectos originales y a la vez “aclimatados” o reconoce contados pensamientos de alcance liberal -como el positivismo de finales del siglo XIX- una tarea también abordada en estudios posteriores de la filosofía peruana.

En la visión de ASB, el carácter superficial e imitativo de la filosofía tendría una primera fase afincada en la filosofía política y una siguiente en la batalla entre liberales y conservadores, donde los primeros buscan en la filosofía una justificación teórica en relación a su cometido. No obstante, en el itinerario salazarista aparece un silencio liberal desde la independencia hasta finales del siglo XIX, un periodo en el que no toma en consideración las batallas liberales dentro y fuera del poder entre la década del 50 y el 80 de ese siglo, de lo que sí da cuenta el enfoque histórico del liberalismo.

Este enfoque de las ideas impide apreciar experiencias de gobierno que otros enfoques consideran que son portadores de un ideario liberal, como el de Castilla (1845-1851 y 1858-1862) y Pardo (1872-1876); lo que reitera el recuento de un liberalismo sin liberales o de escasos liberales. La relación de las ideas, procesos y constituciones en estas etapas es crucial en la medida en que en el primer caso -los gobiernos de Castilla- hubo una vivencia constitucional acelerada y profunda que dio lugar a dos constituciones con marcadas diferencias, la de 1856 y 1860, y un Estatuto Provisorio, el

de 1855; y que el segundo caso -el gobierno de Pardo- fue escenario de escepticismo sobre el papel de la Constitución en la construcción del bienestar nacional, aunque Pardo mantuvo durante su mandato apego a la Constitución de 1860 al sostener que “El Congreso de 1860 es fiel intérprete de la actual opinión del Perú” (citado en Centurión 2019 p. 85) y realizó una política liberal.

En los últimos años, la tesis sobre el mimetismo y la falta de originalidad de las ideas peruanas han empezado a ser contestadas o matizadas desde la filosofía como un eco largo de la polémica sesentista que provocaron las posiciones de Salazar Bondy<sup>2</sup>. Uno de estos textos es *Pensamiento y acción. La filosofía peruana a comienzos del siglo XX*, de los profesores Pablo Quintanilla, César Escajadillo y Richard Orozco. El trabajo aborda los cambios que configuraron la filosofía actual, reconociendo que la actividad intelectual en A. Latina dominada por el pensamiento escolástico se extendió hasta mediados del siglo XVII, cuando “surge una corriente liberal y republicana” que jugó un papel crucial en la independencia, sustentada en el progresismo de la época, el empirismo inglés y la ilustración francesa (Quintanilla, 2014, p. 111).

En esta reflexión se anota que el positivismo impuso una nueva forma de mirar los problemas filosóficos y una manera distinta de encarar otras disciplinas como la historia, el derecho, la literatura, la política y el arte, recuperando la opinión de ASB sobre que el positivismo peruano es un sistema de ideas amplio y ambiguo, “un producto *sui generis* de la cultura de un país en formación”, aunque se distancian de aquél cuando señalan que el más importante representante del positivismo fue el ensayista y poeta Manuel González Prada (Quintanilla, 2014, p. 114).

Reconocen que el positivismo fue “una radicalización de los ideales de la ilustración”, presente desde muy temprano en el pensamiento intelectual peruano, aunque en el ambiente académico aparece con fuerza solo después de la Guerra del Pacífico, que favoreció a la “gestación” del liberalismo -se presume una nueva capa de este- que marcó la independencia de poderes entre el Estado y la Iglesia, así como

<sup>2</sup> En 1968 Augusto Salazar Bondy publicó ¿Existe una filosofía de nuestra América? que, entre otros, fue respondido por el filósofo mexicano Leopoldo Zea con el texto La filosofía americana como filosofía sin más (1969)



una mayor secularización de la vida pública y que, en el plano político, su influencia fue vasta e importante debido a que fomentó la búsqueda de “un proyecto colectivo y unificador en torno a la educación y la identidad nacional” (Quintanilla, 2014, p. 131).

Una distancia mayor con las tesis mimetistas y carentes de autonomía se expone en el texto *La complicada historia del pensamiento filosófico peruano. Siglos XVII y XVIII. Selección de textos, notas y estudios*, editado por Juan Carlos Ballón. En la larga introducción de una recopilación que constituye un reconocible esfuerzo de arqueología filosófica, Ballón sugiere la existencia de ideas propias que, sin afirmarlo decisivamente, denomina “categorías conceptuales” organizadas en las primeras etapas de la vida nacional, un corpus de ideas cuyo estudio, aduce, debe recuperar una experiencia histórica acumulada como comunidad intelectual abierta a sensibilidades éticas o estéticas desde los siglos XVII y XVIII (Ballón 2011, p. 14).

Según el autor, en referencia a las ideas, el Perú registra un código desordenado -lo llama “inconsistente”- que debe ser descifrado a pesar de su incoherencia e improvisación y sostiene que nuestra vida republicana en el transcurso de los siglos siguientes (XIX y XX) es incomprensible si antes no conocemos las claves de ese “entendimiento intersubjetivo” establecidas en la etapa inicial de nuestra sociedad, uno de cuyos resultados fue la independencia republicana, la misma que resultaría profundamente enigmática si no se toma esos antecedentes (Ballón, 2011, p. 14).

Este abordaje de las ideas propone un tratamiento en el que se separa la retórica de los discursos de ese código enmarañado. Ese código o canon expresaría un complejo tejido que recorre distintas especificidades escindidas entre las ideas y la realidad y/o entre los discursos y la vida pública cotidiana. En ese punto, el código desordenado o canon peruano al que alude Ballón, expresaría más regularidad -es decir, canon- que desorden, un itinerario que, si se aplica al estudio de la libertad y el orden de la república, arrojaría a la vez un sistema y tensión, un arreglo que anota Ballón “teje nuestra forma de vida”, un código que adecúa de modo original las corrientes vigentes (Ballón, 2011, p. 16). En este punto tiene sentido la idea de Jorge Basadre de un país promesa o practicante de un juego de posibilidades en donde bastaron que las ideas sean incluidas en los textos y no en

la realidad, de lo que resulta nuestro liberalismo textual constitucional, principal elemento del canon liberal peruano, que forma parte de ese código general al que alude Ballón.

No deja de ser cierto el argumento salazariano de la falta de un pensamiento peruano necesariamente coherente y original, pero es más relevante ubicar el mapa de la relación entre “nuestros juegos de lenguajes y las formas de vida de nuestra comunidad” (Ballón, 2011, p. 85), es decir entre dos elementos de la práctica pública: por una parte obedece a una acción afirmativa oficial, se escribe y se sostiene y defiende para un contexto dado y para el futuro, generalmente registrado como una primera fuente por los estudios de historia, lo que sería un corpus textual que, llevado a la revisión republicana, es el texto y el discurso oficial del sistema político, las constituciones y las leyes; y, por otra parte, la práctica pública, que es la que acontece cotidianamente y se inscribe en la cultura política de gobernantes y gobernados.

## LIBERTAD Y ORDEN. EVOLUCIÓN DE LOS SIGNIFICADOS

Sería ingenuo afirmar que tal disfunción es anormal y excepcional. En las sociedades, el paso de las ideas a la vida cotidiana es gradual y accidentada hasta su realización total y, aun así, las ideas -aun las que se inscriben con firmeza en las constituciones- están sujetas a la contraposición del mundo exterior de manera colectiva e individual. Ello sucede de modo especial con la idea de la libertad. Según Hegel:

En su concepto abstracto, la voluntad libre en y por sí, está en la determinación de la inmediatez. De acuerdo con ella es la realidad efectiva que se comporta de modo creativo frente a lo real y que se refiere a sí misma de manera sólo abstracta, es la voluntad en sí misma individual de un sujeto. Según el momento de la particularidad de la voluntad, tiene un contenido ulterior constituido por fines determinados y, en cuanto este contenido es exclusivamente individual, lo tiene al mismo tiempo ante ella como un mundo exterior, inmediatamente dado (Hegel 2005 p. 117).

Esta opinión la comparte Ferrajoli cuando sostiene que, si las constituciones no están respaldadas por una esfera pública y una sociedad civil ya formadas, con valores, intereses y tradiciones, ofrece escasas legitimidades, una relación necesaria que lo lleva a calificar como “organicista y metafísica” la idea de que las constituciones son el reflejo de la homogeneidad social. Sostiene, al contrario,

que ellas son, recuperando a Hobbes, pactos necesarios de heterogéneas y conflictivas subjetividades políticas (Ferrajoli, 2011, p. 54).

La relación entre las ideas, constituciones y esfera pública es aún más compleja si se considera el significado que asumen los contenidos constitucionales en cada etapa. En el caso peruano, algunos de estos significados fueron aportados por percepciones no siempre generalizadas -en algunos casos más bien difusas- que concurren a la formación de la república, es decir, identidades que expresaron lenguajes, símbolos y relatos sociales en cada etapa de la vida nacional.

Es el caso de la cuestión de la libertad y el orden. Ambos conceptos, junto a otros como república, ciudadanía, poder, estado, nación, patria y país, no experimentaron la misma intensidad en su tratamiento. De esos tópicos es probable que libertad y orden sean los menos estudiados a pesar de ser los más mencionados.

Alrededor de la independencia podrían considerarse varios momentos en el significado de libertad en la cultura política peruana. El primero, luego de la Revolución Francesa, cuando es considerada como sinónimo de anarquía y desafío al orden, registrado por varios autores (Rosas, 2006; Loayza, 2019; Rivera, 2017, entre otros). El segundo, en la etapa del liberalismo español de inicios de siglo XIX y su reacción a la invasión francesa a España, cuando se la asocia a la elección de representantes a las Cortes de Cádiz y el establecimiento de la libertad de imprenta (Rivera, 2017, p. 249). El tercero, cuando se inicia las guerras de la independencia con el desembarco de San Martín (1820) que se prolonga hasta 1823, en que se le asocia, además, a los conceptos de revolución e ideas liberales (Rivera, 2017, p. 249). Y el cuarto momento luego del debate entre republicanos y monárquicos y la consolidación de la independencia, cuando se le agrega nuevos significados: autonomía y república (Rivera, 2017, p. 249).

La evolución de los significados no fue una sustitución de conceptos sino, precisamente, una reelaboración en la que se advierte una ampliación de su uso, aunque se debe puntualizar en que se trataba de los usos institucionales y sociales de grupos entre los que no se contaban las clases subalternas,

impedidas de gozar de los contenidos plenos de la libertad.

El recorrido de casi dos décadas de esta reelaboración sucede a otras conceptualizaciones que evidencian que la libertad estaba integrada a una cultura que dependía ampliamente de las visiones religiosas. A mediados del siglo XVIII, el término libertad tenía cuatro acepciones: libertad interna del individuo; libre albedrío, en tanto que posee libertad de conciencia; estado de libertad, es decir, no ser esclavo; y desvergüenza o el libertinaje (Loayza, 2019, pp. 98-99).

En cambio, era más unívoco el concepto de orden. Si bien poseía acepciones variadas, estas compartían su oposición al desorden y al cambio (Loayza, 2019, p. 98) a lo que se agrega la percepción contraria al “libertinaje”, palabra difundida en el Perú especialmente a propósito de los resultados de la Revolución Francesa.

A finales del siglo XVIII, el término orden adquiere connotación social, como “disposición conveniente, lugar que se da, según la calidad y mérito de cada persona” (Terreros y Pando, 1787; II, 716 citado por Loayza, 2019, p. 98). En el virreinato, orden era un término asociado a la sincronización temporal de estabilidad política, social y moral, un sistema político apoyado en la iglesia, la burocracia, las jerarquías y la fusión del espacio público y privado (Loayza, 2019, p. 98).

Ese idea del orden no era exclusivamente político; el catolicismo colonial tuvo una mirada paternalista y condescendiente respecto a los latinoamericanos, quienes eran descritos como niños indóciles todavía incapaces de pensar y actuar de manera moderada y metódica (Hanke, 1949; y Padgen, 1986, citados por Forment, 2012, p. 59); según esa mirada paternalista, los funcionarios estatales y eclesiásticos debían ayudar al pueblo a superar las costumbres desenfrenadas que formaban parte de la vida cotidiana, un problema de naturaleza socio institucional y cultural y no biológico o natural.

En la idea del orden se fusionaban sus núcleos moral y político. A la toma del poder de los Borbones, el modelo de sociedad colonial ya implicaba un Estado fuerte y frondoso, dirigido por los funcionarios que mantenían el control de los grupos de élite y el pueblo en zonas urbanas y rurales (Forment, 2012, pp. 47-48), donde la iglesia católica se encontraba subordinada al

Estado y los funcionarios estatales ejercían un firme control sobre la vida pública.

Varios estudios anotan el efecto de la Revolución Francesa en la idea del orden en las últimas décadas del dominio colonial en el Perú. Los excesos de la revolución asociaron la libertad con los abusos de la *summa libertas*, la libertad mal entendida y la tiranía arbitraria<sup>3</sup>. *La Gaceta de Lima* advertía en 1793 que no había que dejarse engañar con las palabras libertad, esclavitud, opresión, que solo servían como excusa para dejar entrar al abuso (Rivera, 2017 p. 252).

Estas aprehensiones eran resistidas por otras reflexiones. La más elocuente fue el de Viscardo y Guzmán quien abrazó abiertamente la opción de la libertad en su dimensión política y personal en su célebre *Carta a los Españoles Americanos* como cuando afirmó que “la conservación de los derechos naturales y sobre todo de la libertad y seguridad de las personas y haciendas, es incontestablemente la piedra fundamental de toda sociedad humana, de cualquier manera que esté combinada” (De Belaunde, 2002, p. 119)<sup>4</sup>.

En cualquier caso, la idea de la libertad que emergió desde las profundidades del espíritu neotomista estuvo en disputa conceptual en un largo período que va desde la segunda mitad del siglo XVIII hasta varios años después de la independencia, una tensión que permitió tanto su reelaboración en un contexto de resistencias y avances aun en los momentos decisivos de la independencia.

## LIBERTAD Y ORDEN. ESPACIO PÚBLICO Y TEXTOS

Esta disputa aún vigente e irresuelta en el siglo XX y XXI es una de las razones de la debilidad del liberalismo, con posturas textuales claras inscritas sucesivamente en las constituciones, pero rodeadas de ciclos cortos o largos en los que se impuso la idea tradicional de orden, es decir, con altos rangos de restricción de la libertad política.

La resistencia a la aceptación plural y extensiva de la libertad bajo la advertencia del desorden es una constante republicana. Pasó de ser una restricción liberal en el momento fundacional de la república a un problema de la democracia en 200 años. El primer momento restrictivo aludió a la libertad como igualdad, es decir la libertad, negativa -restringiendo el beneficio del nuevo orden para las clases subalternas-, para luego constituirse también en una restricción a la libertad positiva.

En 1810, la *Gaceta del Gobierno de Lima* señalaba que toda la América “respira el aire pestilente de la libertad”, contraponiendo a la paz y al orden civil (Rivera, 2017, p. 253), y años más tarde, uno de los padres de la república, Unanue, sostenía que había dos tipos de soberanía, la radical y primitiva que reside en el cuerpo de la nación y la que ejercen los representantes elegidos, y que eran estos últimos a los que había que transferir la soberanía para evitar los espantos de la Revolución Francesa (Abugattás 1987, pp. 65-66), en alusión al temor a que la libertad y la soberanía del pueblo implicara que las clases subalternas participen del poder y pongan en riesgo la hegemonía criolla.

Ya desde las reformas borbónicas, la libertad y el orden no eran figuras asociadas en la cultura política. El imperativo del orden aparecía como inevitable para mantener el sistema colonial desafiado por rebeliones indígenas, como la de Túpac Amaru, y el descontento criollo. El episodio del discurso de Baquijano ante el virrey Jáuregui en la Universidad de San Marcos en 1781, cuando sostuvo que el rey no debe su corona solo al orden del nacimiento y a las leyes sino a la libre y gustosa aceptación de los pueblos, fue contestado agresivamente por quienes, como el cura Maziel de Río de la Plata, creían que ese punto de vista era propio del libertinaje.

La libertad y la democracia no tuvieron en Europa y América los mismos significados originales. En Europa, los postulados de la Revolución Francesa fueron recibidos con rechazo en las cortes monárquicas, en tanto que los liberales españoles marcaron distancias con el proceso francés en varios aspectos, particularmente con relación a la abolición de los privilegios señoriales. El hecho que libertad y democracia significaran establecer condiciones de igualdad llevó a las élites a considerar a la Revolución Francesa peligrosa

3 El llamado contra la libertad “mal entendida” fue publicada en la *Gaceta de Lima*, 1793, N° 2 y contra la “tiranía arbitraria” en el *Mercurio Peruano*, 1793, N° 276 (Rivera, 2017 p. 252).

4 Se presumía que la Carta a los Españoles Americanos fue redactada en Francia en 1791 en precisos momentos de los excesos de la Revolución Francesa. Datos posteriores indican que Viscardo empieza a escribirla en Italia y que la concluye en Londres (De Belaunde, 2002, pp. 114-115)

(Núñez, 2019, p. 231), aun en el contexto de las Cortes de Cádiz.

Al consumarse la independencia, la idea del orden en el Perú podía tolerar grados de libertad. En ello consistía en el discurso general de la separación de España, es decir, un entramado de autonomías que iba desde lo nacional-estatal a lo social-individual con los recortes propios de una sociedad jerarquizada.

La clave jurídica y política del orden en su versión post colonial consistía en el predominio final de esos recortes. Estos se apreciaban en tres ámbitos de la esfera pública: 1) el discurso; 2) la práctica del gobierno; y 3) las constituciones.

En el canon liberal naciente, en lo primero, el discurso, el orden ya no era aquella estructura donde el hombre tenía un lugar, junto a la obediencia, las buenas costumbres y las obligaciones. Tampoco era el sistema instaurado por el proceso de Cádiz donde los hombres reconocían a la nación como su soberano y no al rey. Desde la restauración absolutista de 1814 y la elaboración de la primera Constitución, el concepto de orden fue reelaborado. Pasó de la idea de la obediencia a la evitación del caos o anarquía. En el discurso político, quien caracterizó mejor esta idea de orden fue Manuel Lorenzo de Vidaurre, quien propuso conciliar el orden constitucional con la libertad personal partiendo de la convicción de que el pueblo era una “bestia feroz” acostumbrada a la esclavitud y siempre dispuesta a someterse al tirano (Loayza, 2017, p. 328).

En lo segundo, la práctica de gobierno, los recortes tenían como hito la cultura del orden garantizado por un militar que, al mismo tiempo, tenga una legitimidad constitucional. Bolívar resume esta cultura. La idea de aprender a vivir en libertad y fuera de ignorancia solo podía ser garantizada por alguien -un caudillo- que no deje de representar la Constitución y la fuerza, al mismo tiempo. Desde ese punto de vista, la libertad es menos compatible con el orden y más con la autoridad y si esta es militar, mejor.

No obstante, en el tercer tópico de estos recortes, las constituciones, se puede encontrar que, finalmente, los procesos fueron más restrictivos que los textos mismos, al generar un alto grado de inestabilidad y, en esos contextos, violencia y afectación de derechos y libertades. Entre 1823 y 1839 el Perú vivió nueve guerras pos independencia y se dio

cinco constituciones, aunque vivió otros tres “momentos constitucionales” cuando la Confederación Perú Boliviana.

Aun así, puede establecerse diferencias en el tratamiento de la autoridad como garante del orden en los primeros textos constitucionales. En la Carta de 1823, por ejemplo, el artículo 115 señalaba que los peruanos debían “La fidelidad de la Constitución, la observancia de las leyes, y el respeto a las autoridades, comprometen de tal manera la responsabilidad de todo peruano, que cualquiera violación en estos respectos lo hacen delincuente”. No obstante, el texto contenía un acápite de derechos avanzados para la época que moderaron el imperativo del “respeto” a la autoridad, que ya entonces como ahora no es lo mismo que acatamiento de la ley. El artículo 193 de este texto consagraba un grupo de derechos sociales e individuales de los peruanos en la organización de esta ley fundamental se declaran inviolables:

1. La libertad civil
2. La seguridad personal y la del domicilio
3. La propiedad
4. El secreto de las cartas
5. El derecho individual de presentar peticiones o recursos al Congreso o al Gobierno.
6. La buena opinión, o fama del individuo, mientras no se le declare delincuente conforme a las leyes.
7. La libertad de imprenta en conformidad de la ley que la arregle
8. La libertad de la agricultura, industria, comercio y minería, conforme a las leyes.
9. La igualdad ante la ley, ya premie, ya castigue.

Desde esta posición, la Constitución Vitalicia de 1826, acentúa el ideal del orden sobre la libertad de un modo más autoritario. El artículo 12 asegura ese orden cuando señala que:

- Son deberes de todo Peruano: 1. Vivir sometido a la Constitución y a las leyes. 2. Respetar y obedecer a las autoridades constituidas. 3. Contribuir a los gastos públicos. 4. Sacrificar sus bienes, y su vida misma, cuando lo exija la salud de la República. 5. Velar sobre la conservación de las libertades públicas.

Es cierto que en dicho texto, entre los artículos 142 y 145 se reconocen varios derechos y libertades, como la libertad civil, la seguridad individual, la propiedad y la igualdad ante la ley, el derecho de comunicar sus pensamientos de palabra o por escrito, permanecer o salir del territorio de la república y la inviolabilidad de domicilio, entre otros. Sin embargo, el texto está ampliamente marcado por la figura inviolable de un presidente vitalicio que concentra una amplia cuota de poder político, económico, militar y judicial. Otra Constitución, la de 1828 debió reponer el equilibrio del orden y

libertad, recuperando y ampliando entre sus artículos 149 y 172 los derechos y libertades de la Carta de 1823, pero en un contexto de guerras y disputas entre caudillos militares, confirmando el divorcio entre el texto y la realidad, es decir, confirmando la vigencia de nuestro canon liberal.

### LA GESTACIÓN LIBERAL

El uso del concepto de libertad maduró lentamente en el Perú y cambió sus significados iniciales y se asumió como parte de un lenguaje nuevo. Algunos estudios recientes han revelado elementos de la politización de los sectores populares en el proceso de independencia, presentando un panorama distinto al tradicional donde la participación se localizaba principalmente en el elemento criollo. Estos estudios enfatizan en la difusión del vocabulario político y liberal entre los plebeyos peruanos o clases subalternas, es decir, castas urbanas, indígenas, esclavos, soldados levados y voluntarios y bandoleros. Los nuevos términos “libertad”, “patria”, “nación” y “patriotismo” se empezaron a emplear a partir de la crisis de 1808 cuando el Motín de Aranjuez que obligó al Rey Carlos IV a abdicar, y para las autoridades locales este vocabulario nuevo que traía ideas liberales representaba una amenaza para las bases de legitimidad del gobierno monárquico (Velásquez, 2019, p. 298).

Los medios de difusión de estos términos fueron documentos oficiales, gacetas, periódicos y opúsculos que venían de España y otros producidos locales; los sectores populares tuvieron acceso a los documentos y periódicos oficiales, superando así la barrera del analfabetismo. (Velásquez, 2019, p. 297). Hubo también, como no podía ser de otro modo, otros escenarios públicos que legitimaron los conceptos liberales. Es el caso, por ejemplo, de los festejos por la designación de Baquijano como consejero de la Regencia (1812) o la proclamación de la Constitución de Cádiz (1812), en un contexto donde la liberalización del sistema corría paralelo, o estimulado, por rebeliones o pronunciamientos como los de Río de la Plata (1811), Tacna (1811 y 1813), Huánuco (1812), Cusco (1814), y Huamanga (1814), entre otros.

Es cierto que instalado en el poder Fernando VII y ahogada la Constitución de Cádiz y las libertades que trajo, se redujeron hasta la llegada de San Martín al Perú los espacios públicos que recreaban el lenguaje de la libertad, por

medio de una dura censura. De hecho, de los 11 periódicos que se publicaron en Lima entre los años 1811 y 1815, en los años previos a la llegada de la Expedición Libertadora quedó en pie uno, la *Gaceta del Gobierno de Lima*. Sin embargo, las ideas democráticas y la libertad política se habían extendido. El entonces obispo del Cusco, Calixto de Orihuela, cuestionaba esos conceptos porque “lo esencial de su sistema es la libertad, o más bien el libertinaje: la insubordinación: la independencia: la soberanía suya quimérica; la igualdad general...” (Orihuela, 1820; 19-20 citado por Velásquez, 2019, p. 302).

En el proceso de la independencia, las ideas fueron objeto de una batalla por la opinión pública. En un primer momento, en el período de las Cortes de Cádiz, las palabras libertad, ciudadanía y patria formaron parte del discurso de la elite peruana fidelista, partidaria de la España agredida por Francia. En el pueblo, junto a la fidelidad a la monarquía a través de conceptos como soberano, religión, fidelidad y vasallaje, la movilización fidelista empezó a usar otros conceptos como nación, libertad, patria y patriotismo (Velásquez 2019, p. 301), en una ritualidad liberal que luego del retorno del absolutismo de Fernando VII se trasladó a un nuevo relato, la demanda de independencia.

Abolida la libertad de imprenta por el virrey Abascal el sistema oficial hizo esfuerzos por controlar el discurso y la opinión pública. La idea de la libertad, planteada especialmente en dos planos, la igualdad y la separación de España, se amplió para el pesar del viejo régimen cuyos voceros combatieron abiertamente la idea de la libertad, equiparándola con el libertinaje.

No hay duda que, en su conjunto, la experiencia de Cádiz, que incluye la movilización liberal por la convocatoria de las Cortes, el texto de la Constitución que se juró en Lima en 1812, la difusión y movilización que el texto motivó en el Perú, el retroceso absolutista de 1814 y el rechazo que concitó, fue un proceso social intenso que legitimó el ideario general de un nuevo orden político donde cabían la libertad y la independencia y, en menor medida la igualdad, considerando el discurso criollo que se ensayaba para evitar esta último valor, coincidente con el discurso realista.

A pesar de los temores y recortes, el ideario resultado de ese proceso, y de las insurrecciones dentro y fuera del virreinato, sugería ser plasmada en una Constitución. Ese proceso fue al mismo tiempo político y militar, de lo

que dan fe la interacción de hechos militares y constitucionales desde el desembarco de José de San Martín en 1820 hasta la nulidad de la Constitución Vitalicia de 1826 y del nombramiento como presidente vitalicio de Simón Bolívar, declarada por el Congreso General Constituyente el 11 de junio de 1827.

## LA RELATIVA PROGRESIÓN DE LA LIBERTAD

El progreso de la libertad fue relativa y asociada siempre al elemento criollo. A pesar de abrirse paso las nuevas ideas, el siglo XIX llegó al Perú con una sociedad cercana y a la vez desconfiada de la libertad, con sentidos comunes públicos que la concebían contrapuesta al orden. Así, nuestro liberalismo surgió temiendo de su núcleo político, y más adherido y tolerante a su núcleo económico, aunque la libertad económica cuestionara el esquema de privilegios que imponía la metrópoli (Loayza, 2019 p. 101).

En el proceso de la independencia la idea de la libertad se afirmó principalmente frente a España y muy limitadamente para encarar el déficit de igualdad entre los peruanos. Uno de los argumentos para garantizar la viabilidad del proyecto de país se enfocó desde el temor al desorden y a la liberación real del indio. Con ese objetivo, gran parte de los ideólogos de la independencia cuestionaron el núcleo moral y político del liberalismo europeo, y el desorden de la Revolución Francesa por haber entregado demasiados derechos.

La relativización de la libertad dentro del proceso independentista fue ex profeso, en beneficio del orden, de modo que hubo contradicción entre las pretensiones dictatoriales y el sistema democrático, y por esa razón fomentaron la entrega de poderes a Bolívar, una consagración autoritaria en busca de la concreción de la independencia bajo el orden criollo, un proyecto contradictorio y provisional que, sin embargo, se extendió varias décadas.

Algunas reflexiones desde la filosofía política, acepta la existencia temprana del liberalismo y propugna una dilucidación de las ideas predominantes en el período de la independencia, pero sostiene que el proyecto de república implicó un sacrificio consciente de los postulados liberales en favor del orden, contra los derechos del sector indígena. Es el caso de Juan Abugattás en *Ideología de la emancipación* (Abugattás, 1987). Abugattás aborda la cuestión de las ideas en la

independencia a partir de dos problemas, el de la identidad y el dilema monarquía/república, cuestionando el esfuerzo de empujarse las rebeliones independentistas protagonizadas por los mestizos e indios, incluidas la de Túpac Amaru II y Pumacahua (Abugattás 1987, p. 49).

Al autor le parece vigente la revisión de las ideas en la independencia por las motivaciones y resistencias, y por la “otra” historia, la cara indígena del proceso emancipador que se desarrolló paralela y a veces antagónicamente con la gesta criolla. Señala que cuando Miranda y Unanue hablaban de restablecer el imperio incaico, estaban motivados por preocupaciones muy distintas a las que impulsaron a los líderes de las sublevaciones indígenas al formularse las mismas metas. El núcleo de su tesis es que al margen del debate sobre si la independencia fue concedida, el elemento criollo procesó con tardanza su convicción independentista debido a su falta de identidad, la misma que fue sacudida por la restauración borbónica:

Sin embargo, es solamente a principios del siglo XIX que se impone a los criollos peruanos la necesidad de replantearse seriamente su vínculo y su dependencia de España. En gran medida, esta tardanza se explica por la dificultad de los criollos de pensarse a sí mismos como poseedores de una identidad separada, diferente de la de los españoles peninsulares. En verdad, no es hasta que empiezan a percibir una clara exacerbación de lo que ven como la tiranía de la monarquía borbónica, reinstalada en el poder luego de la expulsión de los franceses, y del consecuente ahogamiento de las ilusiones que la constitución liberal y las Cortes habían generado, que los criollos, o buena parte de ellos, empezaron a hacerse conscientes de la incongruencia entre sus intereses y los de la Corona (Abugattás, 1987, p. 51).

Abugattás afirma la importancia que tuvieron las ideas en el proyecto de negociación con España para la instalación de un orden poscolonial clásico, como una fórmula para garantizarse privilegios y evitar la liberación del elemento indio. En su concepto, la Constitución de Cádiz fue un motivo de regocijo y esperanza para los criollos debido a que ofrecía una alternativa aceptable, es decir, se mantendría el vínculo con España, pero se lograría, a la vez, un alto grado de autonomía política y económica, que es lo que más les preocupaba (Abugattás, 1987, p. 52).

Desde su interpretación, la reacción independentista es consecuencia de una desilusión reformista criolla. La enumeración de las causas de la independencia de José de la Riva Agüero y Sánchez Boquete, quien

encontró 28 de ellas, es la expresión más clara de esta desilusión (Abugattás, 1987, p 53).

Según esta explicación, un aspecto crucial de esta opción fue la viabilidad del Perú, en una intensidad que reemplazó a la identidad, lo que llevó a los ideólogos a demostrar las posibilidades de una existencia propia de la república, colocando por encima de todas las aspiraciones la cuestión del orden:

Pero ni Sánchez Camón, ni Vidaurre, ni ningún otro, trató con más seriedad que Hipólito Unanue la cuestión de la viabilidad del Perú que, como decíamos, suplantó a la de la identidad. Unanue se plantea ese asunto a partir de la discusión de las opiniones de muchos enciclopedistas y racionalistas europeos, sobre todo franceses, que habían desarrollado la peregrina tesis de que el medio ambiente americano era “degenerado y degenerante”. Que tales tesis fuesen seriamente planteadas por científicos y representantes conspicuos de la Ilustración, era especialmente enervante para Unanue y los criollos, que, en alguna medida por lo menos, querían servirse de las teorías políticas de esas mismas gentes para justificar su separación de España (Abugattás, 1987, p. 55).

La visión de libertad de los principales ideólogos se refería especialmente al núcleo económico, expresado en su máximo simbolismo en el decreto que permitía la venta de tierras de los indios. Al referirse a la libertad no aludían solamente y primariamente, a la libertad política, sino más bien a la libertad económica. Por libertad económica entendían tanto la libre disponibilidad de la propiedad como la libertad de comercio. Ese liberalismo de los ideólogos de la independencia se refería a los intereses económicos, un liberalismo consciente, porque las otras opciones de entonces habrían requerido un reordenamiento profundo de la sociedad, de lo que las gestas de Túpac Amaru y Pumacahua fueron un aviso de un futuro si los criollos perdían control (Abugattás, 1987, pp. 62 y 64).

## **EL LIBERALISMO TEXTUAL E INSTITUCIONAL**

Este proceso de ampliación de los significados de la libertad y, al mismo tiempo, su recorte tuvo como principal escenario la interacción de los textos y la vida cotidiana.

En el estudio del liberalismo, la perspectiva de los textos legales y de las instituciones es fecunda. Parte y trasciende del estudio de las normas como expresión de lo jurídico y político, para situarse en las instituciones y en

la cultura. Ellas le dan contenido especialmente a los núcleos moral y político del liberalismo y concentran, más aún en el caso de los textos, pero también en el caso de las instituciones, la ideología oficial de la república.

Sin la revisión de aspectos cruciales de la cultura pública, como los liderazgos y ejercicio del poder, no es posible dilucidar la relación entre las formas y los hechos liberales, la distancia entre el liberalismo de las constituciones y el liberalismo de los procesos, y entre el liberalismo de las instituciones y el liberalismo de los derechos.

La conocida disputa liberales/conservadores, que habría ganado la primera de acuerdo a la mayoría de referencias historiográficas, es insuficiente para dilucidar los tópicos de la libertad y el orden en la república, y sucede lo mismo con la otra disyuntiva conocida entre monarquía y república. Estos clivajes explican una parte del escenario del inicio del Perú como república, aunque precisan de otras categorías como el caudillismo, el militarismo y el racismo, entre otras.

La historiografía peruana estudia el caudillismo y el militarismo con énfasis en la disputa por el poder, lo que brinda una primera aproximación sobre las instituciones y la cultura. Una mirada “hacia adentro” de ambos fenómenos es sugerente. Una de ellas corresponde a Aljovín, que se esfuerza por comprender los límites institucionales de lo que llama la lógica jacobino-caudillesca, reflejado en procesos constitucionales que no pudieron evitar o controlar, como parte del derecho que creían tener para tomar el poder y el orden, concentrando la representación de la nación y del ejército (Aljovín, 2000 p. 262).

La formación de una generación de caudillos impregnó la creación de la república, limitó su capacidad integradora y debilitó la fuerza de la promesa independentista estableciendo una falsa representación sustentada en las armas y en un afán constitucional legitimador. En ese punto, la identificación del caudillismo con el militarismo y el autoritarismo, se consagra un modelo de república con liderazgos populistas. Según Aljovín:

En la lógica jacobino-caudillesca, el pueblo no cede jamás su poder a una asamblea nacional. Esta institución pierde su legitimidad cuando no representa a la nación y cuando no hay transparencia entre la sociedad y la asamblea sino sólo la oscuridad de intereses particulares.

Es entonces que el pueblo recobra su derecho a dirigir la participación política, creándose así el mito de la democracia directa. En el contexto de principios del siglo XIX, esto significaba que tanto el pueblo como el ejército nacional tenían -en teoría- derecho de crear un nuevo gobierno. El uso de la fuerza era aceptado como el último recurso a usar para corregir los desmanes públicos. De este modo, la lógica jacobino-caudillesca sufrió un cambio fundamental con respecto a la doctrina jacobina francesa. Los jacobinos franceses se veían a sí mismos como los representantes de la nación y no de sus intereses particulares. De igual manera, Napoleón Bonaparte se describió a sí mismo como el representante de la nación y no del ejército. Por el contrario, los caudillos peruanos creían tener una doble representación: la de la nación y la del ejército. (...) Los caudillos peruanos también diferían de los jacobinos franceses en términos de valores democráticos. La mayoría de ellos seguía un discurso exclusivista en donde una minoría selecta debía controlar los asuntos públicos. Y, al igual que los franceses, algunos de ellos pensaban que podrían cambiar la sociedad y la política a través de la acción del Estado, so pretexto de salvar la república (Aljovín, 2000, p. 262).

La fecundidad del caudillismo tiene varias explicaciones. La más consistente es la cultural. La sociedad tradicional con la que colisiona el discurso liberal, no era autoritariamente política sino paternalista patrimonial. Los caudillos ensancharon ese patrimonialismo, aunque pugnaron por un Estado con algunos derechos constitucionales en el papel (Aljovín, 2000, p. 262).

Nuestra independencia fue una revolución atípica donde el aprendizaje de la libertad fue lastrado por la incertidumbre, la debilidad de los actores y el miedo. Sobre la incertidumbre, esta se alimentaba de la crisis y carestía que la guerra ocasionaba y de las dificultades para organizar un bando independentista sólido. Entre 1816 y 1821, el trigo en Lima subió 1200%, a lo que se agregaron otros problemas, como el Fenómeno del Niño de 1819, la epidemia del cólera (en 1821 mató a 1500 soldados realistas en Lima) (Del Aguila, 2013 p. 41).

Sobre la debilidad de los actores se ha escrito suficiente, al igual que sobre el miedo. No obstante, en la debilidad y el miedo en los orígenes de la república hay más que fragmentación, el tópico recurrente para el análisis de este fenómeno. Ambos fortalecieron la necesidad de un “gobierno fuerte”. Hubo poca actividad política y literatura independentista y posindependentista, y en general republicana, que no propiciara la idea del gobierno fuerte, la

salvación frente a la anarquía, la salud pública al estilo de la Revolución Francesa o la derrota de los enemigos de los enemigos del nuevo estado, es decir, el orden.

## EL LIBERALISMO DE SAN MARTÍN

El punto 18 del Reglamento Provisorio dictado el 12 de febrero de 1821 en Huaura por San Martín, suscrito por Bernardo Monteagudo y Juan García del Río, secretario de Guerra y Marina y secretario de Gobierno y Hacienda, respectivamente reza:

Todas las leyes, ordenanzas y reglamentos que no estén en oposición con los principios de libertad é independencia proclamados, con los decretos expedidos desde el 8 de Setiembre anterior, y con lo establecido en el presente, quedan en su fuerza y vigor, mientras no sean derogados, o abrogados por autoridad competente.

Esta visión es reiterada en el segundo documento sanmartiniano oficial, el decreto implantando el Protectorado del 3 de agosto de 1821 firmado por San Martín, cuyo preámbulo señala: “Al encargarme de la importante empresa de la libertad de este país no tuve otro móvil que mis deseos de adelantar la sagrada causa de la América, y de promover la felicidad del pueblo peruano”.

En el mismo texto, San Martín separa los conceptos de libertad y orden, en beneficio del segundo, postergando los objetivos relacionados a la formación democrática:

La experiencia de 10 años de revolución en Venezuela, Cundinamarca, Chile y Provincias-Unidas del Río de la Plata, me ha hecho conocer los males que ha ocasionado la convocación intempestiva de congresos cuando aún subsistían enemigos en aquellos países: primero es asegurar la independencia, después se pensará en establecer la libertad sólidamente.

En las opciones de San Martín, la organización de los nuevos estados que corría por el carril de la convocatoria a los congresos, reproducía en los cuerpos nuevos legislativos las batallas contra los rezagos del viejo sistema. Este argumento parece forzado, toda vez que los representantes del antiguo régimen no concurrían a los flamantes parlamentos. Es probable que el verdadero argumento de este “después la libertad” haya sido la fragmentación de los actores peruanos, una constante sobre la que escribió Monteagudo y a lo que se debió la propuesta monárquica de San Martín.



Aun así, en el Estatuto Provisorio del 8 de Octubre de 1821, San Martín diseña un orden de cosas que pudo haber sido en lo político e institucional más concentrador del poder. El único vicio dogmático, aún para la época, es decir un radical rechazo al estado secular, es la prohibición a los no católicos de desempeñar labores en el Estado (Sección Primera Art. 3).

Algunos ven en el Estatuto de 1821 el bosquejo de un modelo político próximo a una monarquía temperada, evidencia de una moderada inclinación monárquica de San Martín (Altuve-Febres, 2004, p. 437), especialmente cuando en el preámbulo señala que,

Mientras existan enemigos en el país, y hasta que el pueblo forme las primeras nociones del gobierno de sí mismo, yo administraré el poder directivo del Estado, cuyas atribuciones, sin ser las mismas, son análogas a las del poder legislativo y ejecutivo. Pero me abstendré de mezclarme jamás en el solemne ejercicio de las funciones judiciales, porque su independencia es la única y verdadera salvaguardia de la libertad del pueblo; y nada importa que se ostenten máximas exquisitamente filantrópicas, cuando el que hace la ley o el que la ejecuta, es también el que la aplica.

No obstante, hay más de republicanismo en los argumentos del Estatuto. En este texto podría decirse que se asienta una base programática donde San Martín propone al mismo tiempo libertad institucional, es decir un nuevo orden independiente de España, y libertad política. Este es el primer texto peruano que a pesar de su contenido urgente y provisional incluye libertad y orden de modo equilibrado y razonable para los sectores no excluidos en la sociedad colonial.

San Martín se hace protector por el “imperio de la necesidad, de la fuerza de la razón y de la exigencia del bien público” (Sección Segunda Art. 2); hace a los ministros de Estado “jefes inmediatos en su respectivo departamento de todas las autoridades que dependen de cada uno de ellos”, de factura liberal europea (Sección Tercera Art. 1); crea un Consejo de Estado compuesto de doce miembros, la mayoría peruanos, con funciones deliberativas como examinar los grandes planes de reforma que tuviese en mente el Protector, hacer sobre ellos las observaciones que mejor consulten el bien público, y proponer los que sean ventajosos a la prosperidad del país; y crea los presidentes de los departamentos (Sección Cuarta Arts. 1 y 2).

El Estatuto introduce un modelo de derechos y libertades menos orgánico que el establecido

por la Constitución de Cádiz, explicable por la naturaleza provisional y urgente, pero de corte liberal para la época. Crea una Alta Cámara de Justicia independiente y ordena que el *Reglamento de Administración de Justicia* a redactarse “tenga por base la igualdad ante la ley de que gozan todos los ciudadanos, la abolición de los derechos que percibían los jueces, y que desde ahora quedan terminantemente prohibidos” (Sección Séptima Arts. 1 y 3).

Asimismo, reconoce derechos básicos y establece garantías para reivindicarlos, disponiendo que “Todo ciudadano tiene igual derecho a conservar y defender su honor, su libertad, su seguridad, su propiedad y su existencia, y no podrá ser privado de ninguno de estos derechos sino por el pronunciamiento de la autoridad competente, dado conforme a las leyes” (Sección Octava Art. 1); que “la casa de un ciudadano es un sagrado, que nadie podrá allanar sin una orden expresa del gobierno, dada con conocimiento de causa. Cuando falte aquella condición, la resistencia es un derecho que legitima los actos que emanen de ella” (Sección Octava Art. 2); que “nadie será juzgado como sedicioso por las opiniones que tenga en materias políticas, si no concurre alguna de las circunstancias referidas” (Sección Octava Art. 3); reconoce “la libertad de imprenta bajo las reglas que se prescribirán por separado” (Sección Octava Art. 4); y que “son ciudadanos del Perú los que hayan nacido o nacieren en cualquiera de los Estados de América que hayan jurado la independencia de España” (Sección Novena Art. 1).

La presunción de la apuesta radical del Protector y su gobierno por la monarquía es debatible. En el caso de Monteagudo, ideólogo del Estatuto y de varios postulados sanmartinianos, sus puntos de vista obedecen probablemente a una visión de su propia experiencia que a un modelo preconcebido. Él fue testigo de las incipientes guerras civiles, las fragmentaciones territoriales, la anarquía ideológica, pero sobre todo del tradicionalismo social y económico de los pueblos y su élites americanas, de modo que no era partidario del traslado automático de la perspectiva eurocéntrica al diseño de los nuevos estados (Montoya, 2002 p. 183). En ese sentido, indagar en San Martín, en su equipo, y luego en Bolívar, de modo exclusivo los orígenes de una visión autoritaria del poder y del tratamiento de las libertades, sacrificadas por el orden, sería una apreciación de las consecuencias pero no de las causas y contexto.

Los debates sobre la forma de gobierno en el Primer Congreso Constituyente son ejemplares. El diputado Mariano José Arce propuso que no hubiese jefatura unipersonal y que estas funciones se encomiendan a una comisión de diputados, bajo el argumento de que un poder ejecutivo pueda formar partido de la oposición, como en las Cortes de Cádiz. Otros diputados afirmaron que ello atentaba contra el principio de separación de poderes y que la reunión del poder ejecutivo con el legislativo en una persona o corporación es el origen de la tiranía (“no nos mande quien haga las leyes, ni haga las leyes quien nos mande” (CDIP: 1971, T. XV, Vol. 3, p. 469 citado por Altuve-Febres, 2004, p. 442). José Faustino Sánchez Carrión defendió duramente la división de poderes, pero los liberales como Francisco Xavier Mariátegui y Luna Pizarro, defendieron la concentración de poderes contra los excesos de la Revolución Francesa. Luego, se procedió a una votación donde venció la propuesta para que el Congreso retuviera las facultades ejecutivas y solo las pudiera delegar una comisión de los diputados (Altuve-Febres, 2004, p. 442).

El Estatuto de San Martín y el episodio del congreso constituyente citado, entre los que median solo unos meses, evidencian las tensiones que privilegiaron el debate de la nueva institucionalidad, es decir, la búsqueda del orden para evitar el caos, el miedo a las experiencias satanizadas de la Revolución Francesa y, sobre todo, un debate de las elites que la primera historiografía de la independencia recogió. Otros estudios más recientes dan cuenta de avances más rápidos del significado político de la libertad en las clases subalternas peruanas, más interesadas en sus derechos que en el frágil equilibrio de una república liberal temerosa.

Para las teorías del orden, la libertad personal no era una prioridad. El orden fue impulsado desde la cumbre del nuevo poder con la creación de la Sociedad Patriótica en enero de 1822, una apuesta especialmente cultural incomprensible en medio de un clima de Estado en guerra y cuando el territorio del país no estaba bajo control total de los insurgentes, y solo entendible como el punto más alto de los afanes por establecer un gobierno monárquico para el Perú, aunque la misma Sociedad se convertiría en la tribuna donde encalló este propósito (Paredes, 2013, p. 13)<sup>5</sup>.

La alusión al gobierno fuerte por vía de la monarquía fue planteada por el sacerdote José

Ignacio Moreno en la Sociedad Patriótica; por Monteagudo cuando hizo el balance de su ministerio; por Bolívar en un proceso de acciones y textos que culminaron en la Constitución Vitalicia de 1826; por varios de los ideólogos de la naciente república; y por varios medios que se publicaron entre 1822 y 1828 en Lima y otras ciudades y aún después (Basadre, 2002, p. 236).

La libertad personal se contraponía con la lógica caudillista empeñada en imponerse a España y a los enemigos internos en las filas independentistas. Entre las urgencias sí se encontraba el pago de favores, el amiguismo para los puestos públicos y el aniquilamiento de los adversarios. Ese liderazgo fue expresión de una aristocracia armada que se creía llamada a salvar la república de la anarquía y garantizar el orden concebido desde el inicio como el bien común carente de libertades (Aljovín, 2000 p. 262); ese orden debía ser no civil, sino militar.

## EL PRIMER GOLPE DE ESTADO

Un ejemplo de ello fue el trámite del primer golpe de Estado del Perú, el derrocamiento del presidente José de La Mar, elegido por el Congreso General Constituyente del Perú de 1827 bajo la influencia de una mayoría liberal luego de la derrota autoritaria que implicó la salida del Perú de Bolívar y las tropas colombianas.

El nuevo Estado ya era pleno de un conflicto latente cuyo desborde, como se afirma como un sentido común generalizado, fue frenado por la presencia de un caudillo de la talla de Bolívar. Es probable que ese hecho, en ese punto específico, no se debiera a un déficit de representación sino a una causa mayor y previa que involucraba al mismo Bolívar, si nos atenemos, por ejemplo, al contenido de la Constitución Vitalicia de 1826 que se hizo dar Bolívar. El golpe no fue el resultado de la debilidad de las instituciones sino un efecto del autoritarismo.

La Mar no era proclive al caudillismo y tampoco poseía arrestos militaristas<sup>6</sup>; se impuso a Andrés

las cuestiones que tengan un influjo en materias políticas, económicas o científicas, sin otra restricción que la de no atacar las leyes fundamentales del país o el honor de algún ciudadano”. Se componía de 40 miembros perpetuos cuyo primer nombramiento lo hizo el gobierno por única vez. Tuvo 20 sesiones entre febrero y julio de 1822 (Paredes, 2013).

<sup>6</sup> Basadre hace de La Mar una semblanza cálida. Refiere que fue un hombre sencillo y afable y poco amigo del boato; que no era “soldadesco” y que por eso los liberales lo escogieron; que aceptó el cargo “con repugnancia”; que quizás fue el único militar en el Perú que no recibió la banda presidencial con la

<sup>5</sup> La Sociedad Patriótica, fue creada el 10 de enero de 1822. El artículo octavo del decreto de su creación señalaba los fines de la sociedad: “El objeto de esta sociedad es discutir todas

de Santa Cruz, un militar con una cultura radicalmente distinta, por un amplio margen (58 votos contra 29). Su elección fue un audaz experimento liberal que, a diferencia de 1822, cuando pretendieron retener el gobierno para el Congreso designando una Suprema Junta Gubernativa del Perú de tres miembros -que cayó por el motín militar de Balconcillo de 1823 que impuso a José de la Riva-Agüero-, esta vez no se enfrentó al Ejército eligiendo un civil, sino un militar allegado, optando llegar al gobierno mediante un presidente definido y no a través de los textos constitucionales (Pareja, 2005 p. 70).

La Mar cayó por una conjura militar de tres generales José de Santa Cruz, Agustín Gamarra y Antonio Gutiérrez de la Fuente. Estos eran caudillos, militares y políticos con poder y ascendencia en el ejército y tenían a su cargo resortes más vigorosos que el Congreso que había elegido a La Mar: cargo público, recursos financieros y capacidad de obrar desde la política. Eran las figuras militares más prominentes del país que lucharon durante la emancipación y que se consideraban naturales usufructuarios de la victoria, orgullosos de su rango, uniforme y predestinación (Basadre, 2002, p. 174), que es el concepto de aristocracia militar de Aljovín.

Conviene repasar las razones del golpe expuestas por Gamarra el 10 de junio en una carta al vicepresidente Salazar Baquíjano (Basadre, 2002, pp. 181-182):

- La demora de la reunión del Congreso.
- La formación de un grupo que atacaba la unidad de las fuerzas militares en guerra contra Colombia a través del semanario *El Atleta de la Libertad*<sup>7</sup>.
- La falta de pago por cinco o seis meses a los miembros del ejército.
- La auto designación del general Necochea como jefe militar en Guayaquil al margen del mando de Gamarra, jefe en Piura.
- El avance de las tropas colombianas a las fronteras.
- El “cruel deseo” de derramar sangre americana.

---

sensualidad de recibir el máspreciado de los entorchados; pero, como dijo Bolívar, era el más tenaz y el más tímido de los hombres, capaz de todo lo grande y de todo lo bello y, a la vez, incapaz de quererlo hacer (Basadre, 2002, p. 180).

7 Fue un semanario que circuló en Guayaquil desde mayo de 1829 y publicado por el ejército peruano.

Se aprecia que las razones para el derrocamiento de La Mar son operativas de la guerra – la derrota en ese año en la Guerra de la Gran Colombia que implicó la pérdida de Guayaquil y otras largamente subjetivas, ambas ubicadas en el terreno de la salvación de la patria. El general Gutiérrez de La Fuente llamó a esto la voz del pueblo y del ejército, bajo la idea de que los militares tenían que someterse no sólo la opinión pública sino también al ejército como representantes de sus intereses y del pueblo, una cuestión de deber y honor militar (Aljovín, 2000 p. 301).

## LA CONSTITUCIÓN Y LA DEMOCRACIA

No hay discusión respecto a que, en su conjunto, el proceso de la independencia condujo a la democratización de la sociedad. No obstante, ella fue plena de tendencias regresivas y progresivas, una demostrada inclusión de sectores antes marginados o de recortada presencia en el gobierno que, al mismo tiempo, forzaba a otras exclusiones en el contexto de una democracia debilitada por las jerarquías sociales y la discriminación racial.

Esta afirmación merece ser desarrollada porque en ella se encuentra la disociación entre el orden estatal y el orden social. Basadre argumenta que la independencia fue una realidad militar y política pero no una realidad económica y social, y que la revolución no siguió gestándose, es decir, fue un impulso larvado (Basadre, 2002, p. 107).

Fuera del ámbito las constituciones, la república fue más república que democracia. La supervivencia de la cultura colonial, paternalista, jerarquizada y racista, limitó las posibilidades de las constituciones para fomentar la igualdad y el bienestar porque el concepto democrático del pueblo no creó una sociedad imaginada de individuos iguales, sino “una serie de comunidades imaginadas basadas en diferentes subgrupos” (Aljovín, 2000 p. 309).

La idea de un débil impulso del primer liberalismo constituye un relato alternativo al de la polémica entre liberales y conservadores, no porque esta no deba ser registrada, sino porque es preciso adentrarse en el efecto mediatizado de esta controversia y en los elementos institucionales, constitucionales y de cultura política que rodearon las opciones de régimen político en los primeros años de la república.

Es sugerente fijar el debate sobre caudillismo, inestabilidad y disputa por el poder. No obstante, la formación del Estado fue un proceso mayor donde el juego de fuerzas entre el Gobierno, Congreso, opinión pública y ejército definía una institucionalidad precaria y generalmente transitoria.

La formación del nuevo estado debió encarar los desafíos del establecimiento de la ciudadanía y la representación como expresión de la soberanía popular, un desafío que -más allá de las constituciones- se enfrentaba a brechas sociales y territoriales.

En un territorio fragmentado y diverso en lo geográfico, la independencia confirmó la concentración del poder económico y político en Lima y en la costa, aunque el poder de la capital era marcadamente deficitario. El centro de la república era débil e incapaz de significar un liderazgo nacional, a cargo de una elite pendiente más en su situación económica. Lima había empezado a perder vigencia como núcleo político y económico con las reformas borbónicas -la creación del virreinato del Río de la Plata y la Capitanía General de Chile y la liberalización del comercio- y continuó perdiéndolo con las guerras de la independencia, donde un grueso sector de la economía y de las instituciones coloniales, como el Consulado, apostaron por España; al iniciarse la república, Lima no era el punto más importante de las rutas comerciales y de los 10 mil españoles que residían habitualmente en la ciudad, en 1822 quedaban solamente 600 (Chiaramonti, 2005, pp. 208-209).

La realidad de que Lima es el Perú es ciertamente más antigua que la república, pero la formación de esta reprodujo la estructura colonial. La república se erigió sobre un país en crisis, inmerso en sucesivas guerras, pobre y empobrecido. En el nuevo estado, los circuitos comerciales interregionales que se articulaban en torno a los núcleos urbanos y mineros se encontraban igualmente deteriorados y presentaban el cuadro de un mosaico de economías regionales con pocos vínculos externos (Chiaramonti 205, pp. 211).

En este proceso de liberalización y democratización compleja, el curso que se establece entre la Constitución de 1823 -liberal- y la de 1826 -autoritaria y conservadora, una combinación entre monarquía y república con un presidente vitalicio inimputable-, es el correlato

en los textos de las vicisitudes del liberalismo. En los hechos, los poderes entregados a Bolívar fueron una consagración autoritaria en busca de la concreción de una independencia bajo el orden criollo.

El proceso posindependencia define un ciclo semiliberal reflejado especialmente en el liberalismo de los textos, de crucial importancia para declarar la igualdad formal a pesar de que se mantenía a la sociedad jerarquizada y centralizada en Lima, “un pueblo compuesto por ciudadanos autónomos, pero no de varios pueblos que interactuaban de manera corporativa” (Aljovín, 2000 p. 317).

El ejercicio constitucional fue determinado por esa tensión entre la cultura política y la promesa republicana y democrática difusa. La primera Constitución de 1823 fue roussoniana y una de las más liberales, entendible para el corpus liberal anti absolutista inmediatamente posterior a la Revolución Francesa, con un presidente cautivo del Congreso y abiertamente republicano. El historiador de las constituciones Pareja Paz Soldán la define así:

La república que ellos hicieron fue una total creación política, pues no teníamos hábitos de libertad y experiencia política, y, a la caída del régimen español, fue necesario inventarlo todo dentro de un orden nuevo. En su lado favorable, hay que reconocer que los constituyentes de 1822 optaron resueltamente por la república y establecieron la igualdad civil y generosos derechos individuales (Pareja 2005, p. 25).

## CONCLUSIONES

De acuerdo a lo señalado, no es posible eludir la existencia de un ideario liberal complejo y propio que concurrió al proceso de la independencia y que alimentó nuestros primeros pasos constitucionales en una difícil interacción entre la libertad y el orden. Del mismo modo, sería un error situar el primer liberalismo de factura constitucional en la Constitución de 1823 y omitir las ideas preconstitucionales mucho antes de este texto, o más aún obviar la pluralidad de fuentes e influencias en la formación de nuestro primer liberalismo. La revisión de hechos y textos dan cuenta de una sociedad porosa que, a pesar del predominio de un sentido común conservador y temeroso de Dios y de la alteración de la cotidianeidad colonial, recibió y procesó el influjo de factores que hicieron de la experiencia de formación de la república un momento singular y profundamente extraordinario.

El corpus liberal pre constitucional se desarrolló desde mediados del siglo XVIII hasta los primeros diez años del siglo XIX en calidad de una toma de conciencia nacional, ideas “pre liberales” sobre la realidad local (Landa, 2012, p. 318). Entre esos textos puede mencionarse *El voto consultivo* de Pedro Bravo de Lagunas, publicado en 1761, un informe oficial remitido al virrey Manso de Velasco con preocupaciones jurídico-económicas de la crisis del Perú; el *Elogio al virrey Eloy de Jáuregui* por José Baquijano y Carrillo en la Universidad de San Marcos (1781) donde expuso la doctrina de que el ejercicio de la autoridad debía hacerse en consonancia con el pueblo; la creación de la Sociedad Amantes del País (1792), la publicación de *El Mercurio Peruano* (desde 1791); y la *Carta a los españoles americanos* de Juan Pablo Viscardo y Guzmán, publicada en 1799 en francés y en 1801 en español, entre otros (Landa, 2012, pp. 318-321).

La Constitución de 1823 resolvió en su diseño los desafíos que en términos ideológicos planteó la independencia. Resolvió rápidamente el dilema monarquía/república y se adhirió a un sistema de reglas generales en la senda planteada por la Constitución de Cádiz de 1812 y otros textos en la región.

Contra la idea de que la Constitución de 1823, considerada generalmente como un punto de partida de la república, el ejercicio de la comparación con el proceso de las ideas en el Perú sugiere que es principalmente un punto de llegada, un hito en el aprendizaje liberal y singular del Perú.

La misma influencia de Cádiz es un tópico igualmente sugerente y es probable que en referencia a los derechos y libertades registre una exagerada valoración. Habría que recordar que en la Constitución de Cádiz, el ordenamiento institucional prevalece sobre las libertades y de sus 138 artículos, 5 refieren a la libertad de forma negativa, y solo el artículo 371 se refiere a una libertad como acción: la libertad de imprenta. (Loayza, 2019, pp. 102-104).

La Constitución de 1823 colisionó con la guerra y debió “sacrificarse” por esta; en la práctica no rigió y no solo por la suspensión que el Congreso ordenara para no oponerse a los designios de Bolívar. La principal razón residía en que la fragilidad del poder constituido como representación de la nueva Carta Magna y del nuevo estado que la

encarnaba. Es estado de cosas describe Pareja como “sin una clase dirigente, sueltos todos los apetitos, sin fuerzas sociales ni espíritu cívico” (Loayza, 2019, p. 25), es decir, un nuevo estado sin dirección y liderazgo.

Lo más importante es que en el juego del liberalismo de los textos y de las instituciones, el proyecto democrático fue débil. En alusión a las posibilidades podría reconocerse que en el Congreso que elaboró nuestra primera Constitución, de 91 miembros, 9 eran comerciantes y 9 propietarios, es decir una mayoría más cerca del antiguo orden.

Entre 1821 y 1839, es decir en 18 años, el Perú tuvo seis constituciones (considerando el Estatuto provisorio de 1821 y las constituciones de 1823, 1826, 1828, 1834 y 1839). No obstante, la profusa producción constitucional puede ser vista por lo menos desde dos tópicos, el ya conocido sobre la inestabilidad, al que se recurre generalmente como efecto del caudillismo y la fragmentación.

En una discusión de mayor alcance es preciso relacionar la abundancia de constituciones y presidentes. A simple vista, el déficit ciudadanía y representación interactuó con el caudillismo; el Perú tuvo 20 presidentes en un período en 22 años, entre 1823 y 1845, con una permanencia de 18 meses en el poder en promedio, varios de los cuales, si bien tenían prestigio y poder por sus altos cargos militares conquistados en la batalla contra España, su compromiso con la causa patriótica fue bien tardío y ambiguo, como los casos de La Mar, Gamarra, Santa Cruz y Castilla (Chiaromonti, 2005, p. 212).

Sucede igual con la relación entre el déficit de las instituciones y la inestabilidad. Pareja no lo atribuye a la inestabilidad, como lo hace Basadre, sino a que carecía de ciudadanos convencidos, una versión del enfoque de una república sin ciudadanos:

Al examinar esta abundancia de Constituciones que ha tenido el Perú, cabe preguntarse ¿a qué se debe esta prodigalidad explosiva? Ya hemos dicho, líneas antes, que el fracaso, la falta de aplicación y de respeto por las diversas Cartas políticas es la nota dominante de nuestra vida republicana, es decir, la disconformidad entre el contenido constitucional y la realidad política. Pero ese mal profundo no se debe, exclusivamente, a sus errores o defectos o a que contuvieran, muchas veces, menudos artículos reglamentarios en vez de principios

generales o que incluyeran disposiciones que debían ser objeto de leyes secundarias. Nuestras Cartas políticas fueron catecismos llenos de dogmas republicanos y de promesas, pero sin creyentes ni adeptos convencidos (Pareja, 2005, pp. 30-31).

La afirmación sobre el “problema constitucional” del Perú no reside en las leyes, y por su extensión en la ideología oficial de la república, sino en el carácter de la ciudadanía, porque una Constitución puede estimular u orientar un régimen político, pero no puede inventarlo (Pareja, 2004, P. 31), debe ser valorizada.

Esta tesis no separa lo constitucional de lo político, -no en vano la Constitución no se llama “jurídica” sino “política”, pero constata que en el funcionamiento de nuestra república la disociación texto/sociedad se ha producido de modo continuo ya no como un asunto teórico sino como un mecanismo de vaciamiento de la república de sus componentes intrínsecos, esencialmente de la ciudadanía.

## FUENTES DE INFORMACIÓN

Abugattás, J. (1987). Ideología de la emancipación. En *Pensamiento político peruano*

Alberto Adrianzén (ed.). Lima: Desco pp. 49-61.

Aljovín, C. (2000). *Caudillos y constituciones. Perú 1821- 1845*. Lima: FCE.

Ballón, J.C. (Ed.) (2011). *La complicada historia del pensamiento filosófico peruano. Siglos XVII y XVIII. Selección de textos, notas y estudios*. 2 t. Lima: UNMSM/UCS.

Basadre, J. (2002). *La iniciación de la república*. Lima: UNMSM.

Castro, A. (2009). *La filosofía entre nosotros. Cinco siglos de filosofía en el Perú*. Lima: PUCP.

Chiaromonti, G. (2012). Ensayando nuevos derechos; elecciones gaditanas en los pueblos del Perú. En *En el nudo del imperio. independencia y democracia en el Perú*. Carmen Mc Evoy, Mauricio Novoa & Elías Palti (eds.). Lima: IEP . IEFA pp 315-342.

Chiaromonti, G. (2005). *Ciudadanía y representación en el Perú (1808-1860). Itinerarios de la soberanía*. Lima: UNMSM ONPE.

Centurión, F. (2019). Manuel Pardo y el derecho. Las ideas jurídicas del primer presidente civil. *IUS Revista de Investigación de la Facultad de Derecho Vol. I. (1)*, 80-96.

De Belaunde, J. (2002). *Juan Pablo Vizcardo y Guzmán. Ideólogo y promotor de la independencia hispanoamericana*. Lima: Fondo Editorial del Congreso del Perú.

Del Águila, A. (2013). *La ciudadanía corporativa. Política, constituciones y sufragio en el Perú (1821-1896)*. Lima: IEP.

Ferrajoli, L. (2011). *Principia iuris. Teoría del derecho y la democracia (Vol. 2)*. Madrid: Trotta.

Forment, C. (2012). *La formación de la sociedad civil y la democracia en el Perú*. Lima: PUCP.

Gálvez-Peña, C. (2012). El rey, la Constitución y la patria. Prédica y cultura política en el Perú durante la primera mitad del siglo XIX. En *En el nudo del imperio. independencia y democracia en el Perú*. Carmen Mc Evoy, Mauricio Novoa & Elías Palti (eds.). Lima: IEP IEFA pp 152-170.

Hegel, F. (2005). *Principios de la Filosofía del Derecho*. Barcelona: Edhasa,

Hünefeldt, C. (1978). Los indios y la Constitución de 1812. En *Allpanchis N° 11/12*, pp. 33-57.

Katayama, R. (2005). Pactismo y republicanismo: pensamiento político peruano hasta el siglo XIX. En *Historia de las elecciones en el Perú. Estudio sobre el gobierno representativo*. Cristóbal Aljovín de Losada & Sinesio López (eds.). Lima: IEP. pp 301-324.

Loayza, A. (2019). Entre la justicia y la virtud. Los conceptos de orden y libertad. Lima, 1780-1820. En *El Perú en Revolución. Independencia y guerra: un proceso, 1780-1826* pp 97-111. Lima: PUCP-UJI.

Loayza, A. (2017). Orden 1770-1870. En Aljovín, C. y Velasquez M. (eds). *Las voces de la modernidad Perú, 1750-1870. Lenguajes de la Independencia y la República*. Fondo Editorial del Congreso del Perú.

McEvoy, C. (1997). *La utopía republicana. Ideales y realidades en la formación de la cultura política peruana (1871-1919)*. Lima: PUCP.

Martínez, F. (2008). La constitución de Bayona y la experiencia constitucional josefina. En *Historia y política: Ideas, procesos y movimientos sociales UNED N° 19*. pp. 151-171.

- Martínez, A. (1984). Libertad de imprenta y periodismo político, 1811-1824. En *Revista de la Universidad Católica*. Lima: PUCP pp. 149-177.
- Montoya, G. (2002). Prólogo. En *Iniciación de la República*.  
[https://sisbib.unmsm.edu.pe/bibvirtual/libros/Historia/Iniciacion\\_Republica/tomo1/ensayo\\_estrategia.htm](https://sisbib.unmsm.edu.pe/bibvirtual/libros/Historia/Iniciacion_Republica/tomo1/ensayo_estrategia.htm)
- Núñez, F. (2019). Miedo a la revolución: el camino de la democracia hacia el Perú, 1808-1815. En *El Perú en Revolución. Independencia y guerra: un proceso, 1780-1826*. pp 229-247. Lima: PUCP-UJI.
- Paredes, J. (2013). La sociedad patriótica y el primer gran debate político del Perú independiente. En *Nueva corónica 2. Revista Escuela de Historia*. Lima: UNMSM.  
[http://ateneo.unmsm.edu.pe/bitstream/handle/123456789/2531/nueva\\_coronica\\_05n2\\_2013.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://ateneo.unmsm.edu.pe/bitstream/handle/123456789/2531/nueva_coronica_05n2_2013.pdf?sequence=1&isAllowed=y)
- Pareja, J. (2005). *Historia de las constituciones nacionales (1812-1979)*. Lima: PUCP.
- Peralta, V. (2012). Estropeados por el despotismo. La retórica contra la arbitrariedad bajo el gobierno de Abascal, 1811-1812. En *En el nudo del imperio. independencia y democracia en el Perú*. Carmen Mc Evoy, Mauricio Novoa & Elías Palti (eds.). Lima: IEP IEFA. pp 25-40.
- Quintanilla, P. Escajadillo, C. y Orozco, R. (2014). *Pensamiento y acción. La filosofía peruana a comienzos del siglo XX*. Lima: PUCP.
- Quintanilla, P. (2006). La recepción del positivismo en Latinoamérica. *Logos Latinoamericano 2º Época Año 1, N° 6*, pp. 65-76. Lima: UNMSM.
- Rivera, V. (2017). Libertad 1770-1870. En *Las voces de la modernidad Perú, 1750-1870*. Aljovín, C. y Velásquez M. (eds.). Lima: Fondo Editorial del Congreso del Perú.
- Rosas, C. (2006). *Del trono a la guillotina: el impacto de la Revolución Francesa en el Perú (1789-1808)*. Lima: PUCP.
- Salazar, A. (1995). *Dominación y liberación: escritos 1966-1974*. Lima: UNMSM.
- Salazar, A. (1973). *Entre Escila y Caribdis*. Lima: Industrial Gráfica S.A.
- Salazar A. (1965). *Historia de la ideas en el Perú contemporáneo*. Lima: Francisco Moncloa Editores.
- Sobrevilla, D. (1995). Introducción. Los escritos de Augusto Salazar Bondy sobre dominación y liberación. En *Augusto Salazar Bondy. Dominación y liberación. Escritos 1966-1974*. Lima: UNMSM.
- Velásquez, D. (2019). La guerra de opinión y el vocabulario político de los plebeyos durante las guerras de Independencia del Perú. En *El Perú en Revolución. Independencia y guerra: un proceso, 1780-1826*. Lima: PUCP-UJI. pp 297-312.

# **ANÁLISIS DE LA RELACIÓN ENTRE EL PODER EJECUTIVO Y EL PODER LEGISLATIVO: ANTECEDENTES HISTÓRICOS, PROBLEMÁTICA ACTUAL Y PROPUESTAS DE REFORMA**

## **ANALYSIS OF THE RELATIONSHIP BETWEEN THE EXECUTIVE BRANCH AND THE LEGISLATIVE BRANCH: HISTORICAL BACKGROUND, CURRENT PROBLEMS AND REFORM PROPOSALS**

*Omar Alberto Sar Suárez*

ORCID: 0000-0003-3651-628X

Centro de Estudios de Derecho Procesal Constitucional USMP

omarsar@yahoo.com

*Luis Andrés Portugal Pizarro*

ORCID: 0000-0003-1327-947X

Centro de Estudios de Derecho Procesal Constitucional USMP

luisandrespp@gmail.com

Perú

DOI: 10.24265/voxjuris.2023.v41n2.04

Recibido: 4 de diciembre de 2022.

Aceptado: 31 de enero de 2023.

### **SUMARIO**

- Introducción.
- Debates y sucesos referidos a la forma de gobierno en el Perú.
- La relación entre los poderes del Estado: regulación actual y problemas advertidos.
- Conclusiones.
- Fuentes de información.

### **RESUMEN**

El presente trabajo estudia los problemas políticos y constitucionales surgidos a raíz de las relaciones entre el Poder Ejecutivo y Legislativo. Para ello, estudia los primeros debates sobre la forma de gobierno surgidos después de la independencia, así como las crisis constitucionales existentes sobre todo cuando el presidente de la República no ha contado con una mayoría parlamentaria y por el contrario ha tenido problemas de gobernabilidad en razón a la oposición surgida desde el Congreso. Seguidamente a esta revisión histórica, se analiza la regulación actual de la cuestión de confianza, la disolución del Parlamento, la vacancia presidencial, la acusación del presidente de la República y la sucesión presidencial proponiendo reformas al texto constitucional e interpretaciones de la Constitución que eviten el uso abusivo y discrecional de estas instituciones por parte de los poderes del Estado.

### **PALABRAS CLAVES:**

Gobierno, régimen de gobierno, monarquía parlamentaria, presidencialismo, parlamentarismo, golpe de Estado, cuestión de confianza, disolución del parlamento, vacancia, acusación presidencial, sucesión presidencial.

### **ABSTRACT**

The present work studies the political and constitutional problems that have arisen as a result of the relations between the Executive and Legislative Powers. To do this, it studies the first debates on the form of government that arose after independence, as well as the existing constitutional crises, especially when the President of the Republic has not had a parliamentary majority and, on the contrary, has had governance problems due to the opposition that emerged from Congress. Following this historical review, the current regulation of the question of confidence, the dissolution of Parliament, the presidential vacancy, the impeachment of the President of the Republic and the presidential succession are analyzed, proposing reforms to the constitutional text and interpretations of the Constitution that avoid the abusive and discretionary use of these institutions by the powers of the State.

### **KEYWORDS:**

Government, government regime, parliamentary monarchy, presidentialism, parliamentarianism,



coup d'état, question of confidence, dissolution of Parliament, vacancy, presidential impeachment, presidential succession.

## INTRODUCCIÓN

Hacia octubre de 1977 José Pareja y Paz Soldán brindó un discurso en el Colegio de Abogados de Lima que llevaba por título “El presidente de la República en la nueva Constitución”. En esa ocasión sostuvo que,

El Perú es una Monarquía republicana [...] y debe seguir siéndolo. El poder de gobernar ha correspondido frecuentemente a un solo hombre: Bolívar, Gamarra, Santa Cruz, Castilla, Piérola, y en época reciente, Leguía, Sánchez Cerro, el Mariscal Benavides, Manuel Prado, Odría, y, limitadamente, Fernando Belaúnde (Ugarte del Pino, 1978, p. 603).

Esta afirmación deja claro que una interpretación forzada o abusiva de la Constitución puede tergiversar el régimen de gobierno de un país y transformarlo en un conjunto de ritos vacíos de legitimidad. Quizás por ello, Seignobos afirmó que “[e]l análisis de las Constituciones da una idea falsa de la realidad: las reglas resultan constantemente falseadas por la práctica o quebrantadas por crisis y revoluciones” (Jimenez, 1962, p. 29).

El panorama se complica aún más si advertimos que en el Perú tenemos un modelo híbrido o una especie de presidencialismo atenuado, en donde muchas de las instituciones propias del modelo parlamentario se han incorporado a las constituciones, incluso desde el siglo XIX.

Esta situación ha ocasionado que en muchas ocasiones de la historia republicana las relaciones entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo hayan presentado enfrentamientos que han devenido en crisis constitucionales, y, durante el siglo XX, cuando estos enfrentamientos se acentuaron por el contexto de una fuerte mayoría opositora al gobierno desde el Parlamento, en un golpe de Estado.

Los gobiernos del 2016 en adelante han evidenciado, una vez más, los problemas surgidos entre los poderes del Estado cuando el presidente tiene una mayoría opositora y adversa en el Congreso, dejando como saldo cuatro presidentes en cinco años y un Parlamento disuelto.

Esta situación exige estudiar la regulación constitucional histórica y actual para comprender la razón de la presencia de instituciones como la

vacancia presidencial, la cuestión de confianza, la disolución del Parlamento, la acusación constitucional o la sucesión presidencial, y el uso que se da y debería darse a las mismas.

Como advirtió James Madison, “si los hombres fueran ángeles, no sería necesario ningún gobierno. Si los ángeles gobernarán a los hombres, no serían necesarios controles externos ni internos sobre el gobierno” (Madison), de ahí la importancia de analizar las instituciones de *check and balances* dentro de la regulación constitucional del funcionamiento del Estado, y, como se realizará en esta investigación, cuestionarlas en tanto se advierta sus deficiencias y sugerir reformas en tanto se advierten sus peligros en interpretaciones abusivas por parte del poder político.

## DEBATES Y SUCESOS REFERIDOS A LA FORMA DE GOBIERNO EN EL PERÚ

### El debate república-monarquía constitucional

Una vez instalado don José de San Martín en Lima, bajo el título de protector del Perú -y aun sin tener el control total del territorio<sup>1</sup>- surgieron los debates y reflexiones sobre cuál era la mejor forma de gobierno para la nueva república. Ciertamente es que muchos años antes, debido a las crisis de la monarquía española que se avecinaban en este lado del hemisferio, algunos europeos también discutían sobre la organización de los territorios en el continente americano.

Por ejemplo, Pedro de Abarca y de Bolea, Conde de Aranda, después de la independencia estadounidense advirtió al rey Carlos III que la corona no conservaría bajo su gobierno directo más que a Cuba, Puerto Rico y alguna posesión de América del Sur, por lo que era más conveniente formar tres reinos (Méjico, Costa Firme y Perú) que serían gobernados por sus propios reyes, tres infantes de España, y con Carlos III como emperador (Ugarte del Pino, 1978, p. 116).

Precisamente, la experiencia estadounidense, que en su Constitución de 1787 estableció el modelo presidencial, era de interés para casi la totalidad de las nuevas repúblicas a este lado del mundo. La experiencia previa de un poder hereditario, no sometido a controles, generaba

<sup>1</sup> La independencia se selló el 9 de diciembre de 1824 en la Batalla de Ayacucho.

razonables temores en muchos, por lo que resultaba previsible que la propuesta del Conde de Aranda no iba a tener éxito en el mediano y largo plazo.

Sin embargo, algunas personalidades, incluyendo a San Martín, eran conscientes de los años transcurridos bajo dominio español y tenían fundadas dudas sobre la madurez de la naciente república -es decir de sus ciudadanos- para conducirse por sí misma, creían que el escenario no era el más propicio para un presidente democráticamente elegido por votación popular. El orden parecía ser la principal necesidad en ese momento y para ello, quizás, la monarquía constitucional era el camino adecuado.

José de San Martín creía en la monarquía constitucional pero no se animó a realizar una defensa contundente de su propuesta, quizás asumiendo que, en su cargo de protector del Perú, debía mantener alguna forma de imparcialidad. Por ello, el 22 de enero de 1822 fundó la Sociedad Patriótica del Perú, espacio donde se dieron los debates más importantes respecto a la conveniencia de ser una república o una monarquía constitucional.

Entre estos debates resaltan algunas opiniones en particular, como la de Ignacio Merino o Manuel Pérez de Tudela. El primero, sostenía que la extensión, población y costumbres eran aspectos a considerar para la forma de gobierno adaptable al Perú (Merino, 1822, p. 1), y por ello la mejor forma de gobierno para este caso era la monarquía absoluta, debido a que, la distribución del poder debe estar en razón directa con la civilización e inversa con la extensión (1822, p. 6).

Por su parte, Pérez de Tudela aseveraba que “[l]a política moderna ha descubierto el gran secreto de que las leyes sean la voluntad del pueblo, sin exponerlo a los horrores de la anarquía” (1822, p. 9), en ese sentido, advertía, “[n]o es pues necesaria la civilización para el gobierno republicano [...], acabamos de ver en los nuestros el foco de la ilustración moderna, manchado con los crímenes de Marat y Robespierre” (1822, p. 7 y 8).

Otro miembro de la Sociedad, Bernardo de Monteagudo, aducía, en coincidencia con algunos extremos del pensamiento de Ignacio Moreno, que, debido a la moral del pueblo, el estado de su civilización, la

proporción en que se encuentra dividida su riqueza y las relaciones existentes entre las clases sociales de la sociedad impedían implantar las ideas democráticas en el país (Janampa, 2015, p. 87).

José Faustino Sánchez Carrión no participaba de la Sociedad Patriótica de Lima, pero, sin embargo, estaba comprometido con el debate que se daba entre sus miembros. *El Solitario de Sayán* publicó en *La Abeja Republicana* una carta sobre la inadaptabilidad del gobierno monárquico al Estado libre del Perú, sosteniendo que “[e]l sistema monárquico bajo las bases de una constitución ha tenido como resultado, práctico, la servidumbre al fin de los pueblos, que obedecen y sancionan el despotismo de los soberanos, que gobiernan (Sanchez, 1822, p. 3).

En cuanto a la extensión del territorio, mencionada anteriormente, afirmaba,

¿Qué tiene que ver la extensión de adecuado a la monarquía? Obvia es la respuesta. Un campo más dilatado en que pueda blandirse la tremebunda vara del despotismo: una inmensa distancia desde el centro del gobierno a los puntos de su circunferencia, y en ese intervalo, un enjambre de autoridades intermedias, a quienes tiene cuenta prevenir el concepto del rey en tazón opuesta de lo que sucede en las provincias [...] (Sanchez, 1822, p. 8).

Como es sabido, la postura en favor de una república fue la que se impuso en esta discusión, resultado que se vio reflejado en las Bases de la Constitución Política de la República Peruana de 1822 que sentó los cimientos para la Constitución que empezaría recién a discutirse.

De hecho, el artículo 2 de este documento estableció que “La soberanía reside esencialmente en la Nación: ésta es independiente de la Monarquía Española, y de toda dominación extranjera, y no puede ser patrimonio de ninguna persona ni familia”, mientras que los artículos 3 y 4 establecieron que “La Nación se denominará República Peruana” y que su gobierno es “popular representativo”, para finalmente establecer en el artículo 14 que “El ejercicio del Poder Ejecutivo nunca puede ser vitalicio y mucho menos hereditario”. Debido a lo cual, podría resultar válido afirmar que recién el 16 de diciembre de 2022 el Perú se conmemoran los doscientos años de vida republicana del Perú.

## El modelo parlamentario como opción en el sistema peruano

Si bien se decidió que el Perú debía ser una república, el siguiente debate estuvo referido a los poderes del estado, la forma y alcance de la separación entre ellos y la posibilidad de virar hacia un modelo parlamentario.

Erradamente algunos autores advierten que la Constitución de 1823 tuvo algunos rasgos propios del parlamentarismo, sin embargo, como bien advierte Janampa Vega, dicha constitución abrazó un gobierno de asamblea en tanto que el Poder Ejecutivo quedó subordinado al Poder Legislativo (Janampa, 2015, p. 183); así, el artículo 60, inciso 4, de dicho texto constitucional establecía que el Parlamento Unicameral elegía al presidente y vicepresidente entre los propuestos por el Senado y muchas de las funciones que posteriormente fueron reconocidas al presidente en ese entonces eran ejercidas por Poder Legislativo (conceder indultos y aprobar los reglamentos, entre otras).

Si bien esta Constitución puede significar un punto de partida respecto a la introducción de instituciones propias de otras formas de gobierno, como la exigencia de que todos los actos de administración del presidente estén suscritos por el ministro de Estado del despacho respectivo (artículo 73) o la responsabilidad solidaria de los ministros por las resoluciones tomadas en común y cada uno en particular por los actos particulares de su departamento (artículo 84), lo cierto es que en todas las constituciones posteriores la inclusión de instituciones propias del presidencialismo o parlamentarismo respondieron a las crisis constitucionales previas a su existencia, convirtiéndose así en soluciones a problemas preexistentes antes que en propuestas pensadas a futuro.

En efecto, tenemos como ejemplo a la Constitución de 1834, que prácticamente no llegó a tener efectividad en tanto que su promulgación coincidió con el período de caudillos militares disputándose el poder, el intento de Confederación Peruana Boliviana (Ramos, 2018, p. 48) y, por otro lado, la Constitución de 1839, que fue, precisamente, una constitución que reaccionaba, con algunos elementos autoritarios, a la anarquía vivida en los años previos (Ramos, 2018, p. 53).

De ese contexto y del desgobierno previo a la Constitución de 1839 resultó una constitución

autoritaria con fuertes atribuciones en favor del presidente de la República (Ramos, 2018, p. 53), de esta constitución autoritaria surgió la Constitución de 1856, de clara tendencia liberal y que reducía el poder e influencia del Poder Ejecutivo sobre el Poder Legislativo. Esta última una constitución de corta duración, pero con profundo impacto político e ideológico en la historia constitucional (Ramos, 2018, p. 61).

Dicha constitución:

[...] redujo la autoridad del presidente de la República al recortar su periodo de gobierno a cuatro años; al prohibir que el que ejercía la jefatura del Estado pudiera ser candidato para la elección presidencial; al reconocer el derecho de la Cámara de Diputados de poder acusar al Presidente por impedir la reunión del Congreso o intentar disolverlo o suspender sus sesiones; al crear el Consejo de Ministros como entidad autónoma; al otorgar, al Congreso, el poder intervenir en los nombramientos militares; al darle injerencia a las juntas departamentales en la designación de los prefectos y subprefectos; y al señalar que la obediencia militar estaba subordinada a la Constitución y a las leyes [...] (Pareja Paz-Soldán, 1944, p. 121).

Asimismo, la Constitución de 1856 instauró formalmente el Consejo de ministros (Eguiguren, 2021, p. 26), aunque su existencia como tal es anterior. Efectivamente, un decreto que regulaba el horario de los despachos en los ministerios del 9 de marzo de 1855 señalaba que: “El Sábado se destina al acuerdo general (sic) en Consejo de Ministros y al despacho extraordinario que ocurriere” (García & Galvez, 2016, p. 72) y en la defensa del proyecto de la Ley de Ministros de 1862, el general Mendiburu decía que “[e]n el periodo anterior de S.E. el Presidente (Castilla) desempeñé dos ministerios y puedo asegurar que no existiendo entonces Consejo de Ministros, el Presidente reunía a éstos en todos los casos y para todos los asuntos que se puntualizan en el artículo 22 del proyecto” (Villarán, 1962, p. 76).

El día 7 de septiembre de 1855, durante los debates de la Convención Nacional, el diputado José Gálvez destacó la importancia de que el Poder Ejecutivo cuente con un consejo de especialistas en los asuntos de la administración pública; función que, como advierte Soria Luján, “podía cumplir perfectamente un Consejo de ministros y no una corporación particular” (García & Galvez, 2016, p. 72).

Según indica Pareja Paz-Soldán, José Gálvez sostuvo la necesidad de la creación de un

Consejo de ministros, para armonizar la gestión ministerial y para hacer más efectiva su responsabilidad (García & Galvez, 2016, p. 72). Así, se optó por el modelo parlamentario en el proyecto de la nueva Constitución, prosiguiendo luego con la organización del Consejo de ministros (García & Galvez, 2016, p. 72). El 4 de diciembre de 1856 se promulgó la Ley de ministros y se incorporó el voto de censura y la interpelación parlamentaria, aunque esta era una práctica ya existente.

La Ley de ministros de 1862, promulgada durante la vigencia de la nueva Constitución de 1860, mejoraba la regulación previa estableciendo en su artículo 4 que el presidente del Consejo de Ministros “propondrá al presidente de la República, en una carta oficial, las personas que a su juicio deben obtener los ministerios” y el artículo 44 precisó que “El Congreso utilizará el voto de censura, para desaprobado la conducta de un Ministro, por las faltas que cometa en el ejercicio de sus funciones y que no merezcan acusación”, sin embargo, como bien advierte Eguiguren, aunque la ley no exigía la renuncia al ministro, la práctica parlamentaria si lo hizo (2021, p. 29).

La Constitución de 1933 constituyó un viraje al parlamentarismo. Así, Juan Vicente Ugarte del Pino señala que desde la emancipación el régimen político ha sido fuertemente presidencial hasta llegar a la Constitución de 1933, advirtiendo que muchos de los dispositivos constitucionales son típicos de regímenes parlamentarios, con la observación de que para tipificar completamente el régimen peruano como parlamentario habría que establecer que los gabinetes salieran de la mayoría parlamentaria que derribó al gabinete anterior (Ugarte del Pino, 1978, p. 601 y 602)<sup>2</sup>.

Por su parte, Manuel Vicente Villarán sostuvo que,

[I]la Constitución de 1933 contiene, sobre el papel, todos los resortes legales que permitirían a nuestros congresos establecer el régimen parlamentario si tuvieran el grado necesario de poder político efectivo de que han carecido hasta ahora. Esta Constitución representa el punto más avanzado de la serie de reformas que los Congresos han venido acumulando en la dirección del gobierno parlamentario (1962, p. 194),

aunque luego reconocía que “prevalece en la vida real con inexorable perseverancia el Gobierno presidencial, hondamente arraigado en las costumbres y cuyo vigor parece acentuarse como reacción contra las fórmulas escritas que intentan sustituirlo” (1962, p. 194).

### **Problemas y crisis políticas entre los poderes del Estado**

#### *El motín de balconillos*

Si bien las Bases de la Constitución de 1822 puso fin al debate monarquía-república constitucional, los constituyentes de la Constitución 1823 deliberaron sobre cuál debía ser la conformación del Poder Ejecutivo. El Congreso Constituyente, instalado el 20 de setiembre de 1822, dispuso la elección de una junta gubernativa conformada por tres ciudadanos designados por el Congreso Constituyente, con la finalidad de que este mantenga el poder y la influencia sobre el Ejecutivo. Así, el Reglamento Provisional del Ejecutivo establecía en su artículo 8 que “cuando todos los vocales discrepases [los miembros de la Junta Gubernativa], se pasará el negocio con el respectivo informe para que decida el Congreso”.

Esta propuesta solo puede ser entendida a la luz del temor existente respecto de un Poder Ejecutivo fuerte. Por ejemplo, Sánchez Carrión señalaba abiertamente que,

[...] el gobierno de uno es más activo y eficaz si gobernar es tratar a la raza humana como a las bestias... la libertad es mi ídolo y lo es del pueblo: Sin ella no quiero nada: la presencia de uno solo en el mando me ofrece la imagen de rey, de esa palabra que significa herencia de la tiranía. [...] (Basadre, p. 9).

En similar sentido, Mariano Arce afirmaba que, [...] el Congreso debe retener cuanta autoridad sea dable, para hacer cumplir sus determinaciones, y corriendo riesgo de que un poder ejecutivo extraño, aislado, y separado de él, aunque hechura suya, le pueda formar un partido de oposición, como lo hizo una de las Regencias con las Cortes de Cádiz (Villanueva, 2016, p. 117).

Evidentemente, una junta de gobierno colegiada y con casi nula autonomía ante el Congreso era un impedimento a la hora de la toma de decisiones, sobre todo cuando aún la guerra por la independencia frente al dominio español seguía en marcha contra los realistas afincados al sur del país. En este contexto, Andrés de Santa Cruz dio el primer golpe de Estado en la

<sup>2</sup> Según advierte Manuel Vicente Villarán, una sola vez hubo una tentativa de gabinete formado por el Congreso, suceso ocurrido en 1887 cuando gobernaba Cáceres (Villarán, 1962, p. 115 y 116).

historia republicana del país el 27 de febrero de 1823, exigiendo la proclamación de José de la Riva-Agüero como presidente de la República.

El conocido *motín de balconillos* es la primera experiencia, que, a nuestro criterio, evidencia que una deficiente regulación constitucional sobre la distribución, funciones y balances de poderes puede abrir el camino a los caudillos militares y dar lugar a interrupciones del orden constitucional.

Evidentemente, los golpes de Estado sucesivos en el Perú no tuvieron siempre la misma justificación, pero es bastante ilustrativo y simbólico que el primero se sustente en estas razones.

### *El golpe a Guillermo Billinghurst*

A veces se señala el ejemplo del presidente Guillermo Enrique Billinghurst Angulo como un antecedente histórico de la aplicación de la causal de vacancia por incapacidad moral en contra de un jefe de Estado.

Estas afirmaciones surgen en el marco del debate sobre los alcances de la incapacidad moral establecido en el artículo 113, inciso 2, de la actual Constitución de 1993 y la discusión sobre si esta hace referencia a una discapacidad mental o si, por el contrario, hace referencia a conductas reñidas con la ética y que ameritan la remoción del presidente de la República.

Cierto es que, en ese entonces, la Constitución vigente de 1860 contemplaba en su artículo 88, inciso 1, la causal de vacancia del presidente de la república por perpetua incapacidad, física o moral, pero debemos anotar, sin embargo, que el desenlace del gobierno de Guillermo Billinghurst fue otro.

En 1914 existió un intenso enfrentamiento entre el presidente de la República Guillermo Billinghurst (que intentó someter sus reformas políticas a una consulta plebiscitaria (Blanchard, p. 65 y 66)) y el Parlamento, trayendo como consecuencia la inestabilidad del régimen (algo que ocurriría durante todo el siglo XX y en la actualidad cuando el presidente de la República no cuenta con una mayoría en el Congreso). En un primer momento, incluso el presidente Billinghurst intentó disolver el Congreso.

El Tribunal Constitucional, en la Sentencia recaída en el Expediente N°. 0006-2019-CC/TC, recordó que Billinghurst justificó la posibilidad de recortar el mandato parlamentario:

[...] a fin de que coincidan las elecciones legislativa y presidencial si no quiere encerrar la constitucionalidad, el derecho democrático y el orden público en extremos igualmente peligrosos e inaceptables: la disolución del Congreso por el gobierno o la prórroga inconstitucional y absurda de un tercio parlamentario, autorizando la rebelión contra la soberanía nacional que ningún pueblo debe tolerar ya venga del Congreso o ya del Poder Ejecutivo (Diario La Crónica, 1914).

En respuesta, el Congreso de la República cuestionó la intención del entonces presidente a la vez que afirmaba que su accionar mostraba que no estaba capacitado para el cargo. Cabe precisar que el artículo 88, inciso 1, de la Constitución de 1860, al que ya se ha hecho referencia, establecía expresamente que:

Artículo 88.- La Presidencia de la República vaca, además del caso de muerte:

1. Por perpetua *incapacidad*, física o *moral* del Presidente (resaltado propio).
2. Por la admisión de su renuncia.
3. Por sentencia judicial que lo declare reo de los delitos designados en el artículo 65o.
4. Por terminar el período para el que fue elegido.

La paciencia en la política es una virtud escasa por lo que antes de hacerse efectiva la vacancia, Óscar Raimundo Benavides, con el respaldo del Congreso, dio un golpe de Estado en el cuartel de Santa Catalina que sacó al presidente Billinghurst de palacio el 4 de febrero de 1914 (Ugarte del Pino, 1978, p. 494). Más allá del desenlace, aquel fue un escenario en el que se intentó aplicar la vacancia por incapacidad moral para expulsar al presidente del poder, y esto en el escenario de una crisis de gobernabilidad surgida por la disputa entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo.

### *Los gobiernos de José Luis Bustamante y Rivero y de Fernando Belaunde Terry*

Como se adelantó anteriormente, durante el siglo XX, cuando el presidente tuvo una mayoría opositora en el Congreso, se generó un escenario de inestabilidad política que concluyó con el término abrupto -y fuera del marco constitucional- del mandato presidencial o del periodo parlamentario.

En ese sentido, después de lo ocurrido con el presidente Billinghamurst una vez más la ausencia de una mayoría en el Parlamento tendría incidencia en la gobernabilidad de dos presidentes durante el siglo XX.

En el primer caso, José Luis Bustamante y Rivero que llegó a la presidencia de la república en 1945 de la mano del Frente Democrático Nacional-FDN, conformado tras un acuerdo entre el líder aprista Haya de la Torre y el expresidente Oscar Benavides. En aquel entonces los resultados electorales determinaron que la primera fuerza política en el Parlamento sería también el FDN, sin embargo, la mayoría aprista del Frente rápidamente se volvió crítica del gobierno, colocándose del lado opositor y cuestionando la demora en las reformas emprendidas por el presidente.

Finalmente, el 29 de octubre de 1948 el general Manuel Odría dirigía un levantamiento militar que devendría en el golpe de Estado que pondría fin a este breve periodo de democracia y exiliando al presidente Bustamante y Rivero.

Años después la historia nos mostraría un caso similar. En 1963 Fernando Belaunde Terry llegó al Poder en una elección no exenta de cuestionamientos. La Constitución de 1933 establecía, en su artículo 138 que:

Para ser proclamado Presidente de la República por el Jurado Nacional de Elecciones, se requiere haber obtenido la mayoría de sufragios, siempre que esta mayoría no sea menor de la tercera parte de los votos válidos. Sin ninguno de los candidatos obtiene la mayoría requerida, el Jurado Nacional de Elecciones dará cuenta al Congreso del resultado de escrutinio. En este caso, el Congreso elegirá Presidente de la República entre los tres candidatos que hubieren obtenido mayor número de votos válidos.

En las elecciones de 1962 los candidatos más votados fueron, en este orden, Víctor Raúl Haya de la Torre, Fernando Belaunde Terry y Manuel Odría. Los resultados finales generaron denuncias de fraude y el anuncio de las Fuerzas Armadas de no permitir que el APRA (Alianza Popular Revolucionaria Americana) de Haya de La Torre llegue al poder, advirtiendo que en caso el Congreso lo eligiera, ellos no reconocerían el resultado.

Esta es la razón del conocido discurso del veto pronunciado por el líder aprista en el que tras confirmar los rumores respecto a la actuación de las fuerzas armadas y la sugerencia de su

renuncia al proceso electoral, afirmó que su respuesta,

[...] no podía ser otra que la que hubiera dado cualquier peruano responsable a quien se le demandara el sacrificio de sus aspiraciones o de su legítimo derecho, o de su vida misma, con la promesa cierta de que el ordenamiento constitucional sería mantenido como garantía estable del país<sup>3</sup>.

Tal situación terminó con el golpe de Estado contra el aún presidente Manuel Prado Ugarteche el 18 de julio de 1962 por parte del general Ricardo Pérez Godoy. Luego de una reforma de algunos aspectos de las instituciones y la legislación electoral, se convocó a un proceso electoral en el que fue electo Belaunde Terry, con el partido fundado por él mismo, Acción Popular.

Nuevamente se presentó el escenario del presidente sin mayoría en el Congreso. Una extraña alianza entre el partido de Odría UNO (Unión Nacional Odrriista) y el APRA condujeron a un escenario de ingobernabilidad en el que la mayoría opositora en el Parlamento ejercía una severa oposición al presidente, evidenciada con la censura y retiro de confianza a sus ministros, entre estas la denegación parcial de la confianza solicitada por el ministro de Hacienda Tulio de Andrea y Marcazzolo para su intento de reforma tributaria (García V. 2022, p. 187).

El fin del primer gobierno de Fernando Belaunde llegó en 3 de octubre de 1968 cuando el general Juan Velasco Alvarado, con el apoyo del Ejército, irrumpió en palacio de gobierno y dio un golpe de Estado. Otra vez el escenario de un presidente sin mayoría en el Congreso que se vio impedido de terminar su mandato presidencial.

En ambos casos hubo un abuso de la posibilidad de censurar ministros, y para evitar esta situación, la Constitución de 1979 dispuso que “el Presidente de la República está facultado para disolver la Cámara de Diputados si ésta ha censurado o negado confianza a tres Consejos de Ministros” (Pareja Paz-Soldán, 1981, p. 280).

### *El autogolpe de Alberto Fujimori*

El Perú de 1990 era un país sumido en la violencia terrorista y la crisis económica. Un terrorismo que golpeaba fuertemente registraba

3 Disponible en: t.ly/-E8i

hasta entonces masacres en diversas provincias del país, secuestros, motines y atentados contra la población civil y las entidades públicas.

Dos grupos sanguinarios, Sendero Luminoso y el Movimiento Revolucionario Túpac Amaru, ponían en riesgo el Estado de derecho y la democracia, y sobre todo el respeto a los derechos humanos. A esto se sumaba una hiperinflación inédita que alcanzó la tasa anual en 1990 de 7,658% (Comisión de Entrega de la CVR, 2004, p. 18), generando una de las mayores crisis económicas en la historia del país.

La sorpresiva elección de Alberto Fujimori, hasta ese entonces una persona desconocida en el ámbito político y sin un partido político tradicional, implicó su arribo al poder sin una mayoría en el Parlamento. Las consecuencias de esta situación se advirtieron desde un primer momento. Fujimori denunciaba al Congreso acusándolo de ser una traba para la aplicación de sus políticas de emergencia y reestructuración del país, y en el marco de ese conflicto decidió dar un autogolpe el 5 de abril de 1992 con respaldo de las Fuerzas Armadas.

La última década del siglo XX evidenciaba, una vez más, que la ingobernabilidad derivada de los conflictos entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo y la incapacidad de buscar soluciones por los cauces constitucionales previstos terminaban en una interrupción del orden democrático. Sin embargo, a diferencia de lo ocurrido con Billinghamurst, Bustamante y Belaunde, para ese entonces la vigente constitución de 1979 ya había introducido nuevas herramientas constitucionales en busca de soluciones a este tipo de crisis.

Efectivamente, dicha Constitución apostó por fortalecer el Poder Ejecutivo en tanto que el régimen adoptado en la Constitución de 1933 significó el incremento de los rasgos parlamentarios del régimen constitucional y de las atribuciones del Congreso (Eguiguren, 2021, p. 35).

En efecto, el artículo 221 de la Constitución de 1979 señalaba que los ministros son responsables, individualmente, por sus propios actos y por los actos presidenciales que refrendan a la vez que son solidariamente responsables por los actos delictuosos o infractores de la Constitución o de las leyes en que incurra el presidente de la República o que se acuerdan

en Consejo, aunque salven su voto, a no ser que renuncien inmediatamente.

Asimismo, a la hora de hacer efectiva la responsabilidad política de los ministros mediante el voto de censura, el artículo 226 requería que dicha moción de censura sea presentada por no menos del veinticinco por ciento del número legal de diputados. Esto resulta importante en cuanto que la Constitución de 1933 solo requería un congresista para plantearla.

En cuanto a la cuestión de confianza, dicha Constitución no exigía la denominada cuestión de confianza obligatoria en los términos de la Constitución de 1993, es decir, plantear cuestión de confianza luego de exponer el Presidente del Consejo de Ministros -dentro de los treinta días de haber asumido sus funciones- la política general del gobierno y las principales medidas que requiere su gestión; sino que el artículo 224 de la Constitución de 1979 únicamente requería la exposición y debate ante ambas cámaras sin que haya lugar a voto del Congreso.

Finalmente, en cuanto a la disolución del Congreso, el artículo 227 de la Constitución de 1979 establecía que esta era una facultad del presidente cuando la Cámara de Diputados censuraba o negaba la confianza a tres Consejos de Ministros, mientras que el artículo 229 señalaba que el presidente de la República no podía efectuar dicha disolución durante estado de sitio ni de emergencia, ni en el último año de su mandato y solo podía hacerlo una vez durante su mandato, a la vez que reducía la posibilidad de una actuación abusiva del Congreso al establecer que durante ese último año la Cámara solo podía votar la censura del Consejo de Ministros o de cualesquiera de los Ministros con el voto conforme de por lo menos dos tercios del número legal de diputados.

### *El quinquenio 2016-2021*

La regulación electoral actual permitió que el ganador de la segunda vuelta de las elecciones presidenciales en el 2016, Pedro Pablo Kuczynski, asuma el poder a la vez que juramentaban en el Congreso 73 parlamentarios -del total de 130 previsto en el artículo 90 de la Constitución- que fueron elegidos por el partido opositor y perdedor del proceso electoral, mientras que la bancada del partido de gobierno solo contaba con 18 parlamentarios electos. Una vez más este contexto propició un escenario de ingobernabilidad en el Perú.

El primer mensaje de alerta de la crisis que se avecinaba fue la censura al ministro de educación Jaime Saavedra el 14 de diciembre de 2016, quien ejercía el cargo desde el gobierno anterior; a ello se sumó la negación de la cuestión de confianza presentada por el primer ministro Fernando Zavala, para mantener la política educativa del gobierno, el 14 de setiembre de 2017 que tuvo 22 votos de respaldo, 77 votos en contra y 16 abstenciones.

La crisis se exacerbó el 21 de diciembre de 2017 cuando el Congreso de la República votó infructuosamente una moción de vacancia contra el presidente Kuczynski alegando una incapacidad moral del mandatario en los términos del artículo 113, inciso 2 de la Constitución. Un par de días después el presidente indultó a Alberto Fujimori.

Sin embargo, nuevas denuncias motivaron un segundo pedido de vacancia en contra de Kuczynski el 7 de marzo de 2018. Pocos días después, los videos de un ministro del gobierno negociando votos en contra de la vacancia presidencial aceleraron el proceso parlamentario en contra del presidente y ante la evidencia de que la moción reuniría la cantidad de votos necesaria, el 21 de marzo de 2018 Pedro Pablo Kuczynski renunció al cargo, asumiendo la presidencia de la República Martín Vizcarra.

El entonces primer vicepresidente Martín Vizcarra -que en el 2017 se había visto forzado a renunciar al cargo de ministro de transportes por una denuncia de corrupción y la inminente posibilidad de iniciar un proceso de censura en su contra- asumió la presidencia sin poder revertir el conflicto que mantenía el Poder Ejecutivo con el Poder Legislativo.

A diferencia de su antecesor, Vizcarra asumió una posición mediáticamente combativa en contra del Parlamento logrando posicionar a gran parte de la opinión pública a su favor. Sin embargo, debido a las crisis continuas entre ambos poderes el 28 de julio de 2019 el presidente propuso ante el Parlamento, durante su mensaje a la Nación por Fiestas Patrias, un proyecto de ley de reforma constitucional para adelantar las elecciones generales, tanto del presidente de la República como del Congreso. Se intentaba conseguir una salida política a la crisis que vivía el país. Este proyecto fue archivado por la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso el 26 de setiembre del mismo año.

El 27 de setiembre de 2019, cuando el Congreso se disponía a votar la elección de los nuevos magistrados del Tribunal Constitucional, una competencia exclusiva reconocida a su favor en el artículo 201 de la Constitución, el Poder Ejecutivo planteó una cuestión de confianza en contra de este procedimiento cuestionando su celeridad y la poca transparencia que ensombrecía un proceso de esa envergadura. Simultáneamente el Poder Ejecutivo presentó un proyecto de ley que regulaba el proceso de elección de magistrados del Tribunal Constitucional, pero sin quitarle la competencia al Congreso. A la vez solicitó la suspensión del proceso que en ese entonces ya estaba en curso. El Congreso decidió votar la cuestión de confianza después de proceder con la elección de magistrados, llegando a realizar tres votaciones, y habiendo reunido los votos para elegir a un magistrado, aunque no alcanzó la mayoría necesaria de 87 votos en los otros dos casos.

Finalizada la votación del tercer candidato al Tribunal Constitucional, el Parlamento decidió suspender el proceso de elección, pero el gobierno ya había asumido que el inicio del proceso de elección había significado una denegatoria  *fáctica*  de la cuestión de confianza, por lo que al amparo del artículo 134 de la Constitución disolvió el Congreso de la República.

El presidente decidió no aliarse con ningún partido político de cara al nuevo proceso electoral para el Congreso y como consecuencia, una vez constituido este, nuevamente se presentó el escenario de un Poder Ejecutivo con una oposición mayoritaria en el Parlamento.

Los conflictos no cesaron y el 18 de setiembre de 2020 se votó una moción de vacancia por incapacidad moral en contra de la presidente sustentada en la presunta falsedad en sus declaraciones y el uso aparato estatal para obstruir la investigación la contratación de Richard Cisneros. En aquella ocasión el intento de vacar a Martín Vizcarra por incapacidad moral no prosperó al solo obtenerse 35 de los 87 votos necesarios, sin embargo, nuevas denuncias contra el presidente -por hechos no ocurridos durante el ejercicio de su presidencia, sino cuando se desempeñó como gobernador regional- motivaron la presentación de otra moción de vacancia por incapacidad moral el 20 de octubre de 2020, admitida a trámite recién casi dos semanas después con 60 votos a favor, 40 en contra y 18 abstenciones. El 9



de noviembre de 2020 con 105 votos a favor el presidente fue vacado del cargo por el Congreso.

Ante la ausencia de un segundo vicepresidente -la segunda vicepresidente había renunciado tras la disolución del Congreso en el 2019- el presidente del congreso, Manuel Merino, de Lama asumió la presidencia de la República al día siguiente de la vacancia de Vizcarra, al amparo del artículo 115 de la Constitución sobre sucesión presidencial. En aquel entonces la ciudadanía no consideró la vacancia de Martín Vizcarra como un proceso legítimo y en una semana las protestas en todo el país fueron masivas y motivaron la renuncia del recientemente juramentado presidente Merino el 15 de noviembre de 2019.

Tras una nueva elección de la mesa directiva del Congreso, donde Francisco Sagasti fue elegido presidente, y en atención a la sucesión presidencial establecida en la Constitución, este se convirtió en el cuarto presidente en un período presidencial de 5 años. Una vez más se advirtió la imposibilidad de gobernar con una mayoría opositora en el Congreso.

Los diversos escenarios narrados previamente permiten evidenciar que cuando el gobierno cuenta con una mayoría opositora en el Congreso las herramientas constitucionales que regulan las relaciones entre ambos no han permitido dar solución a las crisis de gobernabilidad.

Durante el siglo XX, cuando esto ocurría, y debido a la poca consciencia democrática y de respeto a la Constitución, las crisis fueron resueltas con evidentes irrupciones al orden constitucional, es decir, con un golpe de estado encabezado o respaldado por las Fuerzas Armadas.

En el siglo XXI el golpe de estado tradicional parece menos probable, pero, en todo caso, se ha abierto un peligroso espacio para interpretaciones amplias, abusivas e incluso ilegítimas de la Constitución, lo que no ha contribuido a la resolución armoniosa de los conflictos.

## **LA RELACIÓN ENTRE LOS PODERES DEL ESTADO: REGULACIÓN ACTUAL Y PROBLEMAS ADVERTIDOS**

### **Sobre la cuestión de confianza y la disolución del Congreso**

La cuestión de confianza solicitada por el gobierno ya sea el presidente del Consejo de ministros o un ministro en particular, es una

herramienta propia de un modelo parlamentario y que, según lo explicado previamente, forma parte del constitucionalismo peruano desde el siglo XX.

Actualmente, la Constitución de 1993 regula un pedido de cuestión de confianza obligatorio y otro facultativo. La cuestión de confianza fue introducida por primera vez en la Constitución de 1933 y, como ha advertido el Tribunal Constitucional del Perú, “como un contrapeso al mecanismo de la censura ministerial asignado al Poder Legislativo, por lo que debe ser entendida a partir del principio de balance entre poderes” (2018, p. 22).

El pedido de cuestión de confianza obligatorio está recogido en el artículo 130 de la Constitución de 1993, que precisa que:

#### Artículo 130°

Dentro de los treinta días de haber asumido sus funciones, el Presidente del Consejo concurre al Congreso, en compañía de los demás ministros, para exponer y debatir la política general del gobierno y las principales medidas que requiere su gestión.

Plantea al efecto cuestión de confianza.

Si el Congreso no está reunido, el Presidente de la República convoca a legislatura extraordinaria.

Por su parte, la cuestión de confianza facultativa está recogida en los artículos 132 y 133 del texto constitucional de la siguiente manera:

#### Artículo 132°

El Congreso hace efectiva la responsabilidad política del Consejo de Ministros, o de los ministros por separado, mediante el voto de censura o el rechazo de la cuestión de confianza. Esta última sólo se plantea por iniciativa ministerial.

Toda moción de censura contra el Consejo de Ministros, o contra cualquiera de los ministros, debe ser presentada por no menos del veinticinco por ciento del número legal de congresistas. Se debate y vota entre el cuarto y el décimo día natural después de su presentación. Su aprobación requiere del voto de más de la mitad del número legal de miembros del Congreso. El Consejo de Ministros, o el ministro censurado, debe renunciar. El Presidente de la República acepta la dimisión dentro de las setenta y dos horas siguientes. La desaprobación de una iniciativa ministerial no obliga al ministro a dimitir, salvo que haya hecho cuestión de confianza de la aprobación.

#### Artículo 133°

El Presidente del Consejo de Ministros puede plantear ante el Congreso una cuestión de confianza a nombre del Consejo. Si la confianza le es rehusada, o si es censurado, o si renuncia o es removido por el Presidente de la República, se produce la crisis total del gabinete.

Como se advierte, la cuestión de confianza obligatoria es el pedido de una aprobación, respaldo o “confianza” a la política general del gobierno que debe ser expuesta por el presidente del Consejo de ministros una vez asumido el cargo. Esto quiere decir que este pedido de confianza no se da necesariamente en un contexto de crisis y enfrentamiento entre el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo.

Como es evidente, el Consejo de ministros requiere de una doble confianza, la primera por parte del presidente de la República en el momento del nombramiento y la segunda por parte del Congreso cuando se vota la cuestión en el pleno (Guzmán, 2003).

La cuestión de confianza facultativa puede presentarse en contextos de disputa política entre ejecutivo y legislativo, pero también puede ser utilizada en otras circunstancias, por ejemplo, cuando el gobierno desea llevar a cabo una política respecto a un tema en concreto y requiere revestirla de legitimidad política y por consiguiente solicita el respaldo efectivo del Congreso mediante un voto de confianza para asumir, junto al Parlamento, las posibles consecuencias políticas de la propuesta.

Es evidente, como se habrá advertido hasta aquí, que, en contextos de crispación política entre los poderes Ejecutivo y Legislativo, el uso de la cuestión de confianza puede devenir en un abuso por parte del gobierno con una finalidad evidente: la disolución constitucional del Congreso. El artículo 134 de la Constitución señala que:

Artículo 134° El Presidente de la República está facultado para disolver el Congreso si éste ha censurado o negado su confianza a dos Consejos de Ministros. El decreto de disolución contiene la convocatoria a elecciones para un nuevo Congreso. Dichas elecciones se realizan dentro de los cuatro meses de la fecha de disolución, sin que pueda alterarse el sistema electoral preexistente.

No puede disolverse el Congreso en el último año de su mandato. Disuelto el Congreso, se mantiene en funciones la Comisión Permanente, la cual no puede ser disuelta. No hay otras formas de revocatoria del mandato parlamentario. Bajo estado de sitio, el Congreso no puede ser disuelto.

La figura de la disolución ya había sido introducida en la Constitución de 1979 con la finalidad de equilibrar las herramientas en favor del Poder Ejecutivo como Legislativo y para encontrar una salida constitucional a una grave crisis política entre estos dos poderes del Estado.

La regulación sobre la disolución del Parlamento parecía ser inequívoca y no pasible de controversias hasta lo ocurrido en setiembre de 2019, cuando el gobierno consideró que el Congreso había negado “fácticamente” una segunda cuestión de confianza durante el periodo del mandato presidencial y procedió a disolver el Parlamento en aplicación del artículo 134 de la Constitución.

No corresponde hacer una explicación detallada de lo ocurrido, en tanto que eso ameritaría un trabajo aparte, sin embargo, conviene precisar algunos aspectos de lo ocurrido. El gobierno presentó una cuestión de confianza vinculada a un proyecto de ley, Proyecto de Ley 4847-2019-PE, referido a la modificación del procedimiento de elección de magistrados del Tribunal Constitucional, a la vez que pedía detener el proceso de elección de magistrados del Tribunal que el Congreso había agendado para ese mismo día.

Como ya hemos señalado, el Congreso decidió votar la cuestión de confianza en la siguiente sesión y continuar con el proceso de elección de magistrados previsto. Esta decisión del Parlamento no era contraria al Reglamento del Congreso en tanto que el artículo 82 precisa que “[l]a cuestión de confianza que plantee el presidente del Consejo de Ministros a nombre del Consejo en su conjunto, será debatida y votada en la misma sesión o *en la siguiente* [...]” (énfasis añadido).

Una vez que se inició el proceso elección de magistrados, el Gobierno dio por denegada la cuestión de confianza, pues más allá de no haberse realizado formalmente una votación sobre la misma, en la práctica, al haberse continuado con la agenda e intentar elegir a los nuevos miembros del Tribunal Constitucional, “fácticamente”, la cuestión de confianza habría sido negada. En efecto, en su mensaje a la Nación anunciando la disolución del Congreso el entonces presidente de la República indicó que “[...] no se dio la prioridad que la cuestión de confianza merece y, luego, se aprobó el primer miembro de un tribunal *express* en una dudosa votación, vaciando de contenido la cuestión de confianza planteada” con posterioridad añadiría que “la denegatoria de la confianza no solo se manifiesta cuando se vota en contra de lo propuesto por el Poder Ejecutivo, sino, también, cuando se realizan acciones o se toman decisiones parlamentarias contrarias a dicho

planteamiento” (Tribunal Constitucional del Perú, 2010, p. 10). Cabe precisar que una vez suspendido el proceso de elección después de tres votaciones, y ante el inminente mensaje a la Nación por parte del presidente, el Congreso procedió a votar de manera favorable la cuestión de confianza planteada.

En aquel entonces, el señor Pedro Carlos Olaechea Álvarez-Calderón, presidente de la Comisión Permanente del Congreso de la República<sup>4</sup>, interpuso una demanda competencial contra el Poder Ejecutivo buscando la nulidad del acto de disolución del Parlamento contenida en el Decreto Supremo 165-2019-PCM.

El Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Expediente N.º 0006-2019-CC/TC, resolvió que “al continuar el procedimiento de elección de magistrados, el Congreso de la República demostró que no tenía intención de cumplir con lo solicitado por el Presidente del Consejo de Ministros [...]”, asimismo que,

[...] la verificación del otorgamiento o denegación de la cuestión de confianza se puede advertir con el acto de la votación en el Congreso de la República, también es importante considerar que existen supuestos extraordinarios en los que es evidente que, por su accionar, el órgano legislativo ha decidido rechazar la confianza planteada,

y que, por lo tanto “pese a la votación formalmente favorable al de cuestión de confianza planteado, lo cierto es que materialmente no se cumplió con uno de los extremos solicitados”.

Esta interpretación del Tribunal evidencia que, al menos en ese entonces, en determinadas circunstancias resulta posible asumir que ha existido una denegatoria “fáctica” o “tácita” de la cuestión de confianza solicitada por el gobierno cuando materialmente se contraviene el contenido de esta independientemente de la votación favorable o desfavorable efectuada.

Como medida para enfrentar dicha interpretación, el 19 de octubre de 2021, el Congreso de la República promulgó la Ley 31355, “Ley que desarrolla el ejercicio de la cuestión de confianza regulada en el último párrafo del artículo 132 y en el artículo 133 de

4 El artículo 134 de la Constitución de 1993 precisa que “Disuelto el Congreso, se mantiene en funciones la Comisión Permanente, la cual no puede ser disuelta”.

la Constitución Política del Perú”, cuya primera disposición complementaria final establece que:

PRIMERA. Decisión del Congreso de la República respecto a la cuestión de confianza planteada

La cuestión de confianza es aprobada o rehusada luego de concluido el debate y luego de realizada la votación conforme al Reglamento del Congreso. El resultado de la votación es comunicado expresamente al Poder Ejecutivo, mediante oficio, para que surta efecto. Solo el Congreso de la República puede interpretar el sentido de su decisión.

Esta ley de desarrollo constitucional parecería contrariar, a simple vista, los alcances de la sentencia recaída en el Expediente N.º 00006-2019-CC/TC, por lo que el Poder Ejecutivo cuestionó su constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. En el Pleno del Tribunal sólo se obtuvieron dos votos para declararla inconstitucional de los cinco requeridos en el Código Procesal Constitucional, por lo que la constitucionalidad de la norma fue ratificada<sup>5</sup>.

Los magistrados que votaron por declarar infundada la demanda sostuvieron que “al convalidar la denegatoria fáctica de una cuestión de confianza realizada sobre un proyecto de ley referido a una atribución constitucional exclusiva del Congreso, la segunda sentencia del caso disolución del Congreso vació de contenido el principio de separación de poderes establecido en el artículo 43<sup>6</sup> de la Constitución” (Tribunal Constitucional del Perú, 2022, p. 3).

En consecuencia, actualmente no es posible que el Poder Ejecutivo asuma que una cuestión de confianza presentada ante el Congreso ha sido negada fáctica o tácitamente. Por otro lado, al haberse establecido esto último, la exigencia de que el resultado de la votación sobre la cuestión de confianza recién surte efecto al ser comunicado expresamente al Poder Ejecutivo resulta irrazonable y poco práctico.

En general, es acertado que se reduzca la discrecionalidad de una interpretación respecto a cuándo la cuestión de confianza ha sido denegada “fácticamente”. En tiempo de crisis política con la consecuencia de un escenario

5 Con base en lo dispuesto por dicha ley, en noviembre de 2022 el Congreso de la República comunicó a la Presidencia del Consejo de Ministros, tras un pedido de cuestión de confianza en el que se solicitaba debatir y votar el Proyecto de Ley 1704/2021-PE, que su solicitud no resultaba atendible.

6 Artículo 43°. La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana. El Estado es uno e indivisible. Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado, y se organiza según el principio de la separación de poderes.

de ingobernabilidad por el encuentro entre los poderes del Estado, las interpretaciones constitucionales deben ser más estrictas, poco difusas y escasamente discrecionales, o como estableció la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *Schechter Poultry Corp v. United States*, “[u]nas condiciones extraordinarias pueden requerir soluciones extraordinarias. Pero este argumento no puede justificar una acción que se sitúa fuera de la esfera de la autoridad conferida por la Constitución. Las condiciones extraordinarias no crean ni amplían los poderes constitucionales”.

La cuestión es si ante la censura o la denegatoria de confianza a dos Consejos de ministros, la disolución del Congreso es la herramienta adecuada como prerrogativa del Poder Ejecutivo para salir de una fuerte crisis política.

En el modelo parlamentario, la disolución del Congreso ante el evidente desencuentro del gobierno con el Parlamento abre el camino para que sea la sociedad en un nuevo proceso electoral, quien decida hacia quien dirige su respaldo, dirimiendo de esta forma el conflicto entre los poderes del Estado, ello “implica la apelación al pueblo para que ofrezca una “solución democrática” (García V. , 2022, p. 184).

Sin embargo, como bien lo advierte el Tribunal Constitucional,

[...] para que la decisión de disolver el Congreso de la República cuente con un genuino veredicto popular, es necesario considerar la existente estructura de los partidos políticos. En ese sentido, en un sistema multipartidista, como lo es ciertamente el peruano el resultado es dudoso, ya que raramente permite una interpretación clara y definitiva de la voluntad del electorado (Tribunal Constitucional del Perú, 2020, p. 48).

Entonces, si es que estamos de acuerdo que esta finalidad de la disolución del Parlamento, expuesta en la teoría, no es aplicable al caso peruano, ¿Cuál es la finalidad de introducir y mantener un mecanismo tan extremo como la disolución del Congreso?

La mera disolución del Congreso no es una solución del problema de fondo, y como ocurrió en el Perú en el año 2019-2020, puede constituir, por el contrario, un agravamiento a la crisis. Por eso, la regulación constitucional actual solo resuelve el problema coyuntural y sirve como una “válvula de escape” pero no brinda una solución al problema de fondo.

Para que la regulación del artículo 134 de la Constitución funcione correctamente, la tarea está en fortalecer la democracia de partidos políticos, expectorar del sistema a los partidos sin capacidad de representación nacional y, sobre todo, exigir que el gobierno también participe de la nueva elección del Parlamento con una lista de candidatos.

Como puede advertirse, el propósito de estas observaciones está vinculado, no a establecer la primacía de un poder por encima del otro, sino a racionalizar el uso de las herramientas establecidas en la constitucional, algo que incluso se exige en modelos parlamentarios (Balaguer, 2014, p. 292 y 293).

### **Sobre la vacancia presidencial**

La crisis política en el Perú ha estado vinculada, también, a la aplicación o a los intentos de aplicación de la vacancia presidencial por incapacidad moral. La vacancia está regulada en la norma constitucional de la siguiente manera:

Artículo 113° La Presidencia de la República vaca por:

1. Muerte del Presidente de la República.
2. Su permanente incapacidad moral o física, declarada por el Congreso.
3. Aceptación de su renuncia por el Congreso.
4. Salir del territorio nacional sin permiso del Congreso o no regresar a él dentro del plazo fijado.
5. Destitución, tras haber sido sancionado por alguna de las infracciones mencionadas en el Artículo 117 de la Constitución.

Las causales descritas en los incisos 1, 3, 4 y 5 tienen un fundamento objetivo a diferencia de lo que sucede con la causal prevista en el inciso 2 cuando alude a la permanente incapacidad moral del presidente.

Evidentemente, asumir el término de incapacidad moral como algo relacionado con la conducta moral del presidente de la República ha sido el detonante de las últimas crisis constitucionales en el Perú. ¿Qué es incapacidad moral? ¿Qué conductas del presidente pueden ser calificadas como atentatorias de la moralidad del jefe de Estado y su consecuente remoción del poder? Por ello, es importante diferenciar a la incapacidad moral de la incapacidad mental.

La segunda, es decir la incapacidad psiquiátrica, también debería ser una causal de vacancia del presidente, pero entendida como una causal objetivable de una naturaleza similar a la de la incapacidad física. Así, la discapacidad física y

mental son condiciones objetivas y verificables, siendo suficiente para probar esto una constancia o un certificado médico que así lo acredite. Por esto mismo, en caso se aplique la vacancia por incapacidad mental resulta innecesario mantener la mayoría calificada de 2/3 de los votos del número legal de congresistas para declararla. En ese sentido, solo se debería exigir la misma votación que para el resto de los incisos del artículo 113 que también son objetivables, como es el caso de la muerte del presidente, su renuncia, su salida del país sin autorización o su destitución al amparo del artículo 117 de la Constitución.

Por otro lado, manteniéndose la posibilidad de una vacancia por incapacidad moral en los términos de una conducta valorable en términos éticos o morales del presidente, siempre va a subsistir un margen de discrecionalidad a favor del Parlamento cuya aplicación sin límites de razonabilidad terminaría afectando el régimen de gobierno, en tanto otorga un desmedido poder al Congreso de la República en desmedro del Poder Ejecutivo, y se corre el riesgo de convertir la figura de la vacancia en una censura política contra del Presidente, algo propio de los modelos parlamentarios.

En ese sentido, es necesario interpretar y aplicar este punto de la Constitución de una manera que reduzca la discrecionalidad y el uso irrazonable de la vacancia por incapacidad moral. El primero de estos mecanismos podría ser un procedimiento especial para aplicar la vacancia por esta causal y el segundo, la inclusión de otras causales para la acusación del presidente en el artículo 117 de la Constitución.

En efecto, la vacancia presidencial por permanente incapacidad moral podría ser evaluada y sustentada por una comisión especializada dentro del Congreso o la misma comisión permanente y luego votada y decidida por el Pleno del Congreso, de manera similar a lo que ocurre con el juicio político y el antejuicio establecido en los artículos 99 y 100 del texto constitucional.

De esta manera, se garantizaría una mayor exigencia de deliberación y, a la vez, una mayor reflexión sobre la decisión a adoptarse durante el tiempo transcurrido entre la decisión de acusación de la comisión y la votación en el Pleno. Este último aspecto ya ha sido exigido por el Tribunal Constitucional en varias sentencias al haber precisado que “[u]no de los espacios idóneos y predominantes para materializar dicho proceso de deliberación es

el Congreso. En efecto, este es un auténtico órgano deliberante” (2017, p. 6).

Por otro lado, sin perjuicio del acierto que tuvo en su momento el Tribunal Constitucional al exigir una mayoría calificada de 2/3 para aplicar la vacancia por incapacidad moral del presidente, convendría aumentar esta exigencia para una aplicación razonable de esta herramienta, lo que podría lograrse al exigir, por ejemplo, una votación de 4/5. Una propuesta similar estuvo contenida en el voto singular de los magistrados Ledezma Narváez y Ramos Núñez en la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en Expediente N.º 0002-2020-CC/TC.

Esto, además, porque bajo el actual sistema de elección presidencial y el *ballotage* es posible que el presidente elegido en una segunda vuelta obtenga una minoría en el Parlamento, ante lo cual eventuales alianzas políticas del resto de fuerzas políticas podrían convertir en algo no difícil conseguir 2/3 de los votos legales requeridos por la regulación propuesta. La experiencia reciente así lo prueba.

### **Sobre la acusación constitucional del artículo 117 de la Constitución**

Existe una protección casi absoluta en favor de la institución presidencial prácticamente desde la Constitución de 1860, situación que prácticamente, hace “intocable” al presidente durante su gestión (García V. , 2022, p. 175). Aquí, conviene advertir que esta regulación es una protección a la institución de la presidencia de la República y no al presidente de la República, situaciones diferentes en tanto la primera tiene un objetivo institucional.

Ahora bien, el artículo 117 de la Constitución de 1993 señala las causales por las que un presidente puede ser acusado durante su mandato. Esta regulación constitucional se reduce únicamente para cuatro situaciones: i) traición a la Patria, ii) impedir las elecciones presidenciales, parlamentarias, regionales o municipales, iii) disolver el Congreso de manera inconstitucional y, iv) por impedir su reunión o funcionamiento, o los del Jurado Nacional de Elecciones y otros organismos del sistema electoral.

En ese sentido, es evidente que la regulación actual impide, en extremo, acusar al presidente de la República por otros actos de indignidad como podrían ser los delitos de corrupción o

violación de derechos humanos, entre otros (Eguiguren, 2007, p. 239).

Esta restricción conduce, en la práctica, al uso del artículo 113 inciso 2 de la Constitución como “cajón de sastre” para aquellas situaciones en donde el ejercicio de cargo de la presidencia es insostenible. En efecto, toda vez que el artículo 117 de la Norma Suprema es en exceso limitativo, muchas conductas que evidentemente harían imposible mantener el cargo de la presidencia, como es el caso de delitos graves como la violación sexual o el narcotráfico, entre otros, dificultan una acusación al presidente de la República, por lo que parece razonable hacer uso de la causal de vacancia por incapacidad moral de presidente.

Es importante señalar que el caso peruano constituye probablemente una de las regulaciones más restrictivas sobre el tema, existiendo una diferencia con otras constituciones, como por ejemplo el artículo 129 de la Constitución Ecuatoriana<sup>7</sup>.

Por lo tanto, la inclusión de otros delitos en el 117 de la Constitución, como aquellos contra la administración pública o el patrimonio del Estado, terrorismo, tráfico ilícito de drogas, crimen organizado, lavado de activos, resulta urgente y necesario, siendo el procedimiento de reforma constitucional la única forma para lograrlo.

### Sobre la sucesión presidencial

La sucesión presidencial es un tema abordado en uno de los artículos menos estudiados de la Constitución aun cuando concita varios

problemas en su interpretación y aplicación. El artículo 115 de la Constitución establece que:

#### Artículo 115°

Por impedimento temporal o permanente del Presidente de la República, asume sus funciones el Primer Vicepresidente. En defecto de éste, el Segundo Vicepresidente. Por impedimento de ambos, el Presidente del Congreso. Si el impedimento es permanente, el Presidente del Congreso convoca de inmediato a elecciones. Cuando el Presidente de la República sale del territorio nacional, el Primer Vicepresidente se encarga del despacho. En su defecto, lo hace el Segundo Vicepresidente.

En el Diario de Debates de la Ley 27375, Ley de Interpretación del artículo 115 de la Constitución Política del Perú, se evidencian los problemas en su aplicación. Por ejemplo, en la discusión de ese entonces se señalaba que esta regulación “ha sido prácticamente calcada de las constituciones anteriores, porque naturalmente es un supuesto que se ha presentado y se presentará cada doscientos o trescientos años”.

La regulación actual no aborda a cabalidad la naturaleza del presidente del Congreso cuando existe un impedimento permanente para ejercer la presidencia de la República, tanto por parte del presidente como de sus vicepresidentes. Esto ha devenido en una situación de incertidumbre respecto a la naturaleza del cargo ejercido por el presidente del Parlamento.

Actualmente, de manera errada, algunos han propuesto que el presidente del Parlamento no deja de serlo por el hecho de asumir temporalmente la Presidencia de la República, en tanto se convoca a nuevas elecciones.

Este ha sido el tenor interpretativo del artículo 115 de la Constitución, y la ley de su interpretación publicada tras la vacancia del presidente Fujimori y la renuncia de sus vicepresidentes. En efecto, la Ley 27375, Ley de Interpretación del artículo 115 de la Constitución Política del Perú, afirma en su Artículo Único lo siguiente:

Interprétese que el mandato conferido por el Artículo 115° de la Constitución de la Constitución Política del Perú al Presidente del Congreso de la República para que asuma las funciones de Presidente de la República por impedimento permanente de este último y de los vicepresidentes no implica la vacancia de su cargo de Presidente del Congreso ni de su condición de Congresista de la República.

7 Art. 129.- La Asamblea Nacional podrá proceder al enjuiciamiento político de la Presidenta o Presidente, o de la Vicepresidenta o Vicepresidente de la República, a solicitud de al menos una tercera parte de sus miembros, en los siguientes casos:

1. Por delitos contra la seguridad del Estado.
2. Por delitos de concusión, cohecho, peculado o enriquecimiento ilícito.
3. Por delitos de genocidio, tortura, desaparición forzada de personas, secuestro u homicidio por razones políticas o de conciencia.

Para iniciar el juicio político se requerirá el dictamen de admisibilidad de la Corte Constitucional, pero no será necesario el enjuiciamiento penal previo.

En un plazo de setenta y dos horas, concluido el procedimiento establecido en la ley, la Asamblea Nacional resolverá motivadamente con base en las pruebas de descargo presentadas por la Presidenta o Presidente de la República.

Para proceder a la censura y destitución se requerirá el voto favorable de las dos terceras partes de los miembros de la Asamblea Nacional. Si de la censura se derivan indicios de responsabilidad penal, se dispondrá que el asunto pase a conocimiento de la jueza o juez competente.

Al momento de promulgar la aludida ley de interpretación del artículo 115 de la Constitución se discutió si el presidente del Congreso, al asumir la Presidencia de la República, perdía o no su condición de congresista de la República. La cuestión fue debatida en el Congreso y en tal contexto el presidente de la Comisión de Constitución y Reglamento, Ricardo Marcenaro Frers, señaló ante el Pleno, y usando como sustento un informe del jurista Vicente Ugarte del Pino, que:

Sin embargo, si se diera la otra interpretación, de que no procede la licencia y, por tanto, ya no es más parlamentario y que se llamara a otra persona, significaría que en el caso que les he puesto el doctor Valentín Paniagua no hubiera podido regresar al Congreso, porque ya estaría aquella persona que le sigue en la lista de los congresistas.

[...]

Por eso consideramos que la interpretación correcta es que el doctor Valentín Paniagua está asumiendo en este momento las funciones de presidente de la República, pero sigue siendo parlamentario. Él no puede decir que no está en condiciones de ser presidente y parlamentario al mismo tiempo. La realidad es que sí puede, porque la Constitución se lo autoriza (Congreso de la República del Perú, 2000).

Esta interpretación, según sustentaron, tendría coherencia con las primeras regulaciones sobre el tema en las Constituciones del Perú, pues el artículo 83 de la Constitución de 1828 afirmaba que “[...] y en defecto de uno y otro ejercerá el cargo provisionalmente el presidente del Senado, quedando entre tanto *suspensio* de las funciones de Senador” (énfasis añadido).

Por su parte, el congresista Altuve-Febres Lores precisó que se estaba ante la cuestión de si la condición del presidente de entonces, Valentín Paniagua, era la de un presidente interino o de un presidente provisorio, precisando él que la Constitución y el orden constitucional sólo permiten una presidencia interina. Además, señalaba que el presidente del Congreso:

[...] no se encuentra ejerciendo dos poderes en el mismo tiempo, sino está en el ejercicio de las funciones ejecutivas, porque la Constitución establece que cuando queda acéfalo el Poder Ejecutivo [...] por la carencia de Presidente y sus dos vicepresidentes, el Presidente del Congreso tiene que asumir interinamente las funciones de Presidente de la República. No se ha producido una acumulación de cargos, por eso la Constitución habla de que ejerce las funciones, no el cargo” (Congreso de la República del Perú, 2000).

Esta interpretación actual del artículo 115 de la Constitución, no es la más conveniente y puede presentar algunos inconvenientes que se explicarán a continuación.

### *Transgrede el principio de separación de poderes*

Hay una afectación al principio de separación de poderes porque admite que el presidente de la República sea el mismo que el presidente del Congreso, permitiendo una excesiva concentración de poder en una sola persona y afectado un principio básico del constitucionalismo: la separación de poderes.

Sobre el mismo, el Tribunal Constitucional ha señalado que este principio tiene por propósito evitar la concentración del poder y salvaguardar los derechos fundamentales de eventuales ejercicios abusivos del poder político (2018, p. 17). De manera específica ha sostenido que:

La existencia de este sistema de equilibrio y de distribución de poderes, con todos los matices y correcciones que impone la sociedad actual, sigue constituyendo, en su idea central, una exigencia ineludible en todo Estado Democrático y Social de Derecho. La separación de estas tres funciones básicas del Estado, limitándose de modo recíproco, sin entorpecerse innecesariamente, constituye una garantía para los derechos constitucionalmente reconocidos e, idénticamente, para limitar el poder frente al absolutismo y la dictadura (2004, p. 9).

En ese sentido, el plazo entre la asunción de la presidencia de la República por el presidente del Congreso y las elecciones y la asunción de mando de quien será elegido nuevo presidente será de varios meses, período de tiempo en el que una sola persona concentraría ambos cargos, afectándose esencialmente el principio de separación de poderes. Por ello, la interpretación del artículo 115 de la Constitución debe subsanar este error.

Es importante precisar que este aspecto también fue advertido por algunos congresistas en las discusiones sobre la Ley 27375, Ley de Interpretación del artículo 115 de la Constitución Política del Perú. Así, de manera acertada el congresista Pease García sostuvo que “[...]el artículo 115° de la Constitución no distingue entre los vicepresidentes y el presidente del Congreso en la forma de referirse. No dice “los vicepresidentes asumen el cargo y el presidente del Congreso asume las funciones”. En los tres casos emplea la expresión “asume las

funciones” y, por tanto, es claro que una cosa involucra a la otra”. Seguidamente advirtió que, [n]o se puede desempeñar, según el artículo 43° de la Constitución, funciones en dos poderes del Estado porque el principio básico de la división de poderes queda afectado. En consecuencia, yo sí sostengo que en este caso tiene que elegirse un nuevo presidente del Congreso (Congreso de la República del Perú, 2000).

### *Problemas de estabilidad democrática e institucional*

Si se asume que el presidente de la República no pierde la condición de presidente del Congreso resulta posible afirmar que bastará que el Congreso censuró a la mesa directiva-decisión que puede ser eminentemente política- para que sacar del cargo al presidente de la República. Esta opción haría que durante este período un eventual proceso de vacancia por incapacidad moral no sea necesario en tanto bastará la decisión política y los votos necesarios para sacar al presidente por medio de una censura a la mesa directiva del Parlamento.

Este aspecto también fue advertido por el congresista Pease García, quien sostuvo lo siguiente:

[...]acá se ha dicho con mucha tranquilidad: ¿Y si lo censuran? ¿Acaso en alguna parte de la Constitución, que es un todo y que se interpreta en conjunto, cabe la censura al Presidente de la República? Pero caería automáticamente. Porque si puede ser censurado como Presidente del Congreso sin darse razones, porque es una decisión política, entonces caería automáticamente como Presidente de la República, lo que no puede ser, señores (Congreso de la República del Perú, 2000).

Se introduciría así un supuesto de vacancia no previsto en la Constitución, excesivamente discrecional y que requiere una mayoría simple. Si incluso por razones estrictamente políticas el Congreso quisiera sacar del poder al presidente, bastaría plantear una moción de censura a la mesa directiva del Parlamento y de esta manera, sin la exigencia de las causales, las votaciones y los procedimientos establecidos en el artículo 113 de la Constitución, lograr su remoción del cargo.

En ese sentido, mantener el puesto de presidente del Congreso y de la República, aún sea de forma temporal, es incompatible y además puede generar mayores situaciones de inestabilidad política.

## CONCLUSIONES

- La historia constitucional peruana ha evidenciado los distintos problemas surgidos a lo largo de su historia debido a las regulaciones en sus constituciones referidas al régimen de gobierno y la separación y relaciones entre los poderes del Estado, sobre todo entre el Legislativo y el Ejecutivo.
- La inserción de instituciones propias del parlamentarismo en el régimen de gobierno peruano ha respondido, sobre todo, a crisis previas y con la intención de equilibrar al ámbito de acción y relación entre los poderes Ejecutivo y Legislativo.
- Durante el siglo XX y XXI, cuando el gobierno no ha contado con una mayoría en el Parlamento y este último ha actuado en clara oposición a su mandato, el presidente no ha podido culminar el periodo para el cual fue electo.
- La delimitación de la cuestión de confianza y la imposibilidad de asumir una denegatoria fáctica o tacita de esta es lo más adecuado en aras de evitar interpretaciones amplias y discrecionales de la Constitución, situación que resulta peligrosa en tiempo de conflicto entre los poderes del Estado.
- La disolución del Parlamento bajo el marco normativo peruano y la situación y estructura de los partidos políticos no ofrece una solución de fondo a la crisis entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo, sino únicamente una solución del momento que funciona como una especie de “válvula de escape”.
- La vacancia presidencial regulada en el artículo 113, inciso 2, de la Constitución requiere una reforma y una adecuación interpretativa, para permitir la vacancia por incapacidad mental del presidente, por un lado, y para reducir el uso discrecional de la vacancia por incapacidad moral, por otro. Para este último aspecto, es necesario exigir la existencia de un hecho, la evaluación de este, un procedimiento que garantice la adecuada deliberación y una votación calificada.
- El artículo 117 de la Constitución es en demasía protector de la institución de la presidencia de la República, impidiendo la acusación del presidente en situaciones de graves delitos. Esta regulación debe ser reformada, en su defecto, eso explica el uso de la vacancia por incapacidad moral como una solución o como un “cajón de sastre” para



vacar a un presidente con serias acusaciones por corrupción.

- El artículo 115 de la Constitución requiere una interpretación distinta a la actual contenida en la Ley 27375, en tanto que asumir que el congresista que asume el cargo de presidente de la República por sucesión sigue siendo presidente del Congreso y solo ejerce el primer cargo de forma encargada constituye una afectación al principio de separación de poderes y genera problemas y estabilidad democrática e institucional.

### FUENTES DE INFORMACIÓN

(1822). *La Abeja Republicana*.

(1914, febrero 6). *Diario La Crónica*.

Balaguer, F. (2014). *Introducción al Derecho Constitucional* (Tercera ed.). Madrid: Tecnos.

Basadre, J. (n.d.). *Historia de la República del Perú 1822-1933*. Lima.

Blanchard, P. (n.d.). A populist Precursor: Guillermo Billinghurst. *Journal of Latin American Studies*, 9.

Comisión de Entrega de la CVR. (2004). *Hatun Willakuy. Versión abreviada del Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación – Perú*. Lima.

Congreso de la República del Perú. (2000). *Diario de los debates. Segunda Legislatura Ordinaria de 2000. 6ª A Sesión, jueves 30 de noviembre de 2000*. Lima. Retrieved from t.ly/tkYv

Eguiguren, F. (2007). *La responsabilidad penal y constitucional del presidente de la República*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Eguiguren, F. (2021). *Las relaciones entre el gobierno y el Congreso en el régimen político peruano*. Lima: Palestra Editores.

García, E., & Gálvez, J. (2016). *Historia de la Presidencia del Consejo de Ministros Democracia y Buen Gobierno. Tomo I*. Lima: Empresa Peruana de Servicios Editoriales S.A.

García, V. (2022). *Democracia y organizaciones políticas y control parlamentario*. Lima: Palestra Editores.

Guzmán, C. (2003). *Las relaciones de gobierno entre el Poder Ejecutivo y el Parlamento*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Janampa, M. (2015). *La constitución inacabada. Ideas y modelos constitucionales en el momento fundacional del Perú. Primera mitad del siglo XIX*. Lima: Universidad Mayor de San Marcos Fondo Editorial.

Jiménez, M. (1962). *Los regímenes políticos contemporáneos*. Madrid: Editorial Tecnos S.A.

Madison, J. (n.d.). La estructura del gobierno debe proveer los controles y equilibrios apropiados entre los diferentes departamentos. In J. M. Alexander Hamilton, *El Federalista*.

Merino, I. (1822, marzo 18). *El Sol del Perú*.

Pareja Paz-Soldán, J. (1944). *Historia de las Constituciones Nacionales*. Lima: Zenit.

Pareja Paz-Soldán, J. (1981). *Derecho Constitucional Peruano y la Constitución de 1979*. Lima: Justo Valenzuela Ediciones y Distribuciones.

Ramos, C. (2018). *La letra de la ley. Historia de las constituciones del Perú*. Lima: Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional del Perú.

Sanchez, J. F. (1822, agosto 15). Sobre la inadaptabilidad del gobierno monárquico. *La abeja Republicana*.

Tribunal Constitucional del Perú, Expediente N° 0023-2003-AI/TC (Tribunal Constitucional del Perú junio 9, 2004).

Tribunal Constitucional del Perú, Expediente N° 0006-2017-PI/TC (Tribunal Constitucional del Perú agosto 29, 2017).

Tribunal Constitucional del Perú, Expediente N° 0006-2019-CC/TC (Tribunal Constitucional del Perú enero 14, 2010).

Tribunal Constitucional del Perú, Expediente N° 0006-2018-PI/TC (Tribunal Constitucional del Perú noviembre 6, 2018).

Tribunal Constitucional del Perú, Expediente N° 0006-2019-CC/TC (Tribunal Constitucional del Perú enero 14, 2020).

Tribunal Constitucional del Perú, Expediente N° 00032-2021-PI/TC (Tribunal Constitucional del Perú febrero 3, 2022).

Ugarte del Pino, J. V. (1978). *Historia de la Constituciones del Perú*. Lima: Editorial Andina S.A.

Villanueva, C. (2016). *Francisco Javier de Luna Pizarro. Parlamentario y primer presidente del Congreso Peruano*. Lima: Fondo Editorial del Congreso del Perú-Institutito Riva-Agüero PUCP.

Villarán, M. V. (1962). *Paginas escogidas*. Lima.

DERECHO PROCESAL

# LA CAPITALIZACIÓN DE INTERESES EN LA LEGISLACIÓN PERUANA Y SU REPERCUSIÓN EN EL ÁMBITO PROCESAL

## THE CAPITALIZATION OF INTERESTS IN PERUVIAN LEGISLATION AND ITS IMPLICATION IN THE PROCEDURAL FIELD

Alicia Liceth Miñano Donayre  
ORCID: 0000-0002-1976-2967  
Legal and Financial Management SAC  
lminano@glf.com.pe  
Perú

DOI: 10.24265/voxjuris.2023.v41n2.05

Recibido: 2 de diciembre de 2022.

Aceptado: 11 de febrero de 2023.

### SUMARIO

- Introducción.
- ¿Es lo mismo hablar de interés y tasa de interés?
- ¿Qué diferencia al interés simple del compuesto?
- Impacto de los riesgos y del valor del dinero en el tiempo en el capital.
- Efecto del anatocismo o capitalización de intereses en el ámbito procesal peruano.
- Jurisprudencia sobre el anatocismo.
- Conclusiones.
- Propuesta.
- Fuentes de Información.

### RESUMEN

La facultad que otorga el artículo 1244 del Código Civil, al Banco Central de Reserva del Perú – BCRP, para establecer la tasa de interés legal, ha originado que dicha entidad dentro de sus regulaciones instaure una distinción entre personas jurídicas o naturales consideradas dentro del sistema financiero y otras consideradas fuera del sistema financiero, ya sea para las condiciones, límites o la metodología a aplicar en la determinación de las tasas de interés.

Específicamente en el ámbito de las personas jurídicas o naturales consideradas fuera del sistema financiero, el Código Civil en su artículo 1249, establece una estricta limitación al anatocismo (capitalización de intereses), no obstante, el BCRP a través de la página web de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (SBS) y dentro de las facultades otorgadas con el artículo 1244 del Código Civil peruano, así

como el artículo 51 de su Ley Orgánica: Decreto Ley N° 26123, publica una tasa de interés legal efectiva, lo cual implica la capitalización de intereses.

Frente a esta contraposición de normas legales, y atendiendo al ámbito procesal en donde se ventilan innumerables controversias, se aprecia que los jueces optan por darle mayor validez al Código Civil que a las regulaciones del BCRP, sucediendo que los intereses que hayan resultado producto de la capitalización no sean reconocidos.

### PALABRAS CLAVE

Anatocismo, intereses, tasa de interés legal efectiva, tasa de interés compuesta, riesgo.

### ABSTRACT

The power granted by article 1244 of the civil code, to the Central Reserve Bank of Peru - BCRP, to establish the legal interest rate, has caused that entity within its regulations to establish a distinction between legal or natural persons considered within the system financial and others considered outside the financial system, either for the conditions, limits or the methodology to be applied in the determination of interest rates.

Focusing specifically on the scope of legal or natural persons considered outside the financial system, the civil code in its article 1249, establishes a strict limitation to anatocism (capitalization of interests), however, the BCRP through the website of the Superintendency de Banca, Seguros y AFP (SBS) and within the powers granted by article 1244 of the Peruvian Civil Code, as well as article 51 of its organic law: Decree Law No. 26123, publishes an effective legal interest rate, which involves the capitalization of interest.

Faced with this opposition of legal norms and taking into account the procedural environment where innumerable controversies are aired, it is appreciated that the judges choose to give greater validity to the civil code than to the regulations of the BCRP, happening that the interests that have resulted from the capitalization are not recognized.

## KEY WORDS

Anatocism, interest, effective legal interest rate, compound interest rate, risk.

## INTRODUCCIÓN

Desde que se le otorgó la facultad al BCRP para establecer la tasa de interés legal y fijar los límites máximos permitidos para ésta en el ámbito de personas consideradas fuera del sistema financiero, se dio inicio a la emisión de directivas que cada cierto tiempo van cambiando y con ello también las condiciones, límites y metodologías, siendo el área de la capitalización de intereses uno de ellos, el cual de acuerdo con el Código Civil está prohibido, empero, el BCRP publica a través de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (SBS), una tasa de interés legal efectiva, que implica la capitalización de intereses, esto ha generado que en el ámbito procesal muchas veces se demanden pretensiones considerando montos de intereses capitalizados, ante lo cual el poder judicial parece asumir una posición de desconocer dichos montos capitalizados y por ende las directivas del BCRP, dando mayor validez a lo normado por el Código Civil en su artículo 1249, sobre la prohibición expresa del anatocismo (capitalización de intereses).

Por ello es objetivo del presente artículo en primer término a través de la metodología de análisis de contenido, ofrecer las concepciones de interés, tasa de interés, tipos y distinciones entre interés simple y capitalizable o compuesto, tanto, desde la perspectiva jurídica, como económica - financiera, seguidamente a través del análisis de casos evidenciar la forma cómo están resolviéndose las controversias jurídicas en este campo, revelando la forma cómo se viene razonando la capitalización de intereses en el ámbito procesal.

Finalmente, se plantea una propuesta que integra la perspectiva jurídica y económico - financiera, para la aplicación de tasas de interés capitalizable en el ámbito de personas consideradas fuera del sistema financiero.

## ¿ES LO MISMO HABLAR DE INTERÉS Y TASA DE INTERÉS?

### El interés

En el ámbito jurídico, el Código Civil en su artículo 1242, dice que el interés es la contraprestación por el uso del dinero o de cualquier otro bien, señala tres palabras clave: contraprestación, uso y dinero, que serían las condiciones y requisitos para que estemos al frente de la generación de intereses, esto lleva implícito un mutuo dinerario u otro tipo de obligación fungible que sería la prestación y como contrapartida existirá una contraprestación, que vendría a ser la correspondencia a dicha asistencia, lo que incluye el ingrediente del uso del dinero que se genera con el paso del tiempo.

Así, esta contraprestación sugiere el carácter de obligación o correspondencia para la existencia de los intereses en un determinado plazo por el cual se utiliza el dinero o cualquier otro bien de carácter fungible. Al estar regulada, esta condición de obligación de realizar una contraprestación por el uso del dinero no es explicada, no se observa del propio texto el por qué o para qué de dicha obligatoriedad; en ese sentido, se sustenta esto a través de la ingeniería económica y matemática financiera que desde su perspectiva expresa: “interés es el pago que se hace al propietario del capital por el uso del dinero en un período de tiempo” (Baca, 1994, p.9).

Es decir, que para esta área del conocimiento el uso del capital (nótese que no se habla de dinero sino de capital) siempre se genera un pago o contraprestación por el uso del capital, asociado a un período de tiempo determinado. Revelando en diversos textos, que el capital (dinero) a través del tiempo sufre variaciones por diversos motivos, entre uno de los más conocidos la inflación, pero esto de alguna manera es resuelto con la aplicación de intereses, es decir, que el interés estaría protegiendo la intangibilidad del capital a través del tiempo.

En esta misma línea existen otros autores que numeran sobre la capitalización de intereses, el valor del dinero en el tiempo, con la conocida teoría o fórmula del Valor Actual Neto (VAN o VNA) señalando que dichas variaciones no solamente pueden implicar pérdidas o disminuciones del capital, sino que pueden implicar también la pérdida de

una oportunidad de inversión es decir el incremento del capital. (Tong, 2021).

Ahora bien, la historia sobre el origen de los intereses su evolución y desarrollo es vetusta y polémica, incluso el filósofo Aristóteles consideraba injustos a los intereses, indicando que el dinero no era un medio de producción sino de intercambio, por lo que no se podía generar más dinero a partir del dinero; voces similares, se escuchan aún en la actualidad, en donde apreciamos normas que se titulan: “Ley que protege de la usura a los consumidores de servicios financieros” Ley N° 31143, publicada el jueves 18 de marzo de 2021 en el diario oficial El Peruano; lo que claramente muestra una creencia o prejuicio social sobre la existencia de suspicacia en el cobro de intereses en el Perú.

### La tasa de interés

Arribado a este punto es menester indicar, de manera general, que los intereses serían el pago por el uso del capital en un determinado período de tiempo, la tasa de interés entonces sería el porcentaje con el que se asocia dicho interés y con la cual se realizarán los cálculos correspondientes a fin de hallar el monto resultante de los intereses producto del uso del capital en un determinado período de tiempo.

Diferenciándose, en materia de ingeniería económica, dos tipos de tasas de interés: la tasa interés nominal y tasa de interés efectiva, “En esencia, las tasas de interés nominal y efectiva tienen la misma relación entre sí que el interés simple y el compuesto” (Blank y Tarquin, 1992, p.61).

Conforme a ello que en materia de ingeniería económica existen dos tipos de tasas de interés, es decir, la tasa nominal y la tasa efectiva, “La diferencia básica entre las dos es que el interés compuesto incluye el interés sobre el interés ganado en períodos previos, mientras que en el interés simple no”. (Blank y Tarquin, 1992, p.61).

Por su parte, el Código Civil en el artículo 1243 alude a una tasa máxima de interés convencional que es fijada por el BCRP, que viene a ser la tasa de interés pactada por mutuo acuerdo, entre tanto el artículo 1242 brinda dos subtipos de esta tasa de interés convencional, que son la tasa de interés compensatoria y moratoria, señalando

que la tasa de interés compensatoria sería aquella tasa de interés que ambas partes acuerdan voluntariamente y que establecen de conformidad a su relación negocial, en justa equivalencia a lo que cada cual está en condición de ofrecer y dar.

Acerca de la tasa de interés moratoria señala que es aquella que tiene por finalidad indemnizar la mora en el pago. Añadiendo en el artículo 1245 que, si no se ha convenido la tasa de interés moratoria, el deudor sólo está obligado a pagar por causa de mora el interés compensatorio pactado y, en su defecto, el interés legal.

Por lo que, se crea un sub tipo adicional de interés, que sería la tasa de interés legal, enfatizando en el artículo 1244: “La tasa del interés legal es fijada por el Banco Central de Reserva del Perú”. Conforme a ello, el Código Civil peruano deja en libertad de las partes el poder fijar la tasa de interés convencional compensatoria y moratoria, con la condición de que esta última haya sido convenida expresamente, en cuyo defecto, no podrá aplicarse, siendo sólo de aplicación la tasa de interés compensatoria, y en caso de tampoco haberse fijado esta última, se aplicará la tasa de interés legal; además de ello señala que a pesar de que dejemos en libertad de las partes fijar las tasas de interés en sus contratos, existe un límite máximo que es establecido por el BCRP el cual deberán respetar y no transgredir, ya que de hacerlo se podrá proceder con la imputación al capital o la devolución a voluntad del deudor.

En suma, acorde al Código Civil existen tres tipos de tasas de interés:

1. Tasa de interés compensatoria,
2. Tasa de interés moratoria y,
3. Tasa de interés legal.

Siendo que, tanto la tasa de interés compensatoria y moratoria deben fijarse expresamente, ya que no hacerlo, sólo podrá aplicarse la tasa de interés legal, la cual normalmente es una tasa baja y que aparentemente no refleja las variaciones del dinero a través del tiempo y que tampoco se acerca a las tasas máximas que fija el BCRP para créditos a la micro empresa o créditos de consumo; por lo que, es preciso que todas las personas pacten de manera indubitable las tasas de interés en sus contratos.

A continuación, tres cuadros extraídos de la página web de la SBS sobre tipos de tasas de interés de índole legal, en consonancia con lo señalado supra:

Se aprecia en primer término que el BCRP, realiza una clasificación adicional sobre las

Tasa de Interés de Indole Legal	
N°	Información Diaria (Búsqueda por fecha)
1	Tasa de Interés Legal Efectiva
2	Tasa de interés legal Laboral
3	Tasa de Interés de Depósitos Administrativos y Judiciales en el Banco de la Nación
4	Tasa de Interés Promedio del Sistema Financiero para Créditos a la Microempresa
5	Tasa de Interés Promedio del Sistema Financiero para Créditos De Consumo

Fuente: SBS / Elaboración: propia

Tasa de Interés Legal Efectiva				
Ingreso Fecha	08/05/2022	(dd/mm/aaaa)	Consultar	Exportar
<b>Tasa de Interés Legal Efectiva al 08/05/2022</b>				
Moneda Nacional	1.75%	Anual	Factor Diario	0.00005
			Factor Acumulado	7.89036
Moneda Extranjera	0.26%	Anual	Factor Diario	0.00001
			Factor Acumulado	2.10157
1:Acumulado desde el 16 de septiembre de 1992.				

Fuente: SBS / Elaboración: propia

Tasa de Interés Promedio del Sistema Financiero para Créditos a la Microempresa				
Ingreso Fecha	08/05/2022	(dd/mm/aaaa)	Consultar	Exportar
Tasa de Interés Promedio del Sistema Financiero para Créditos a la Microempresa al 08/05/2022				
Moneda Nacional			36.89%	Anual
Moneda Extranjera			16.90%	Anual

Fuente: SBS / Elaboración: propia

tasas de interés de índole legal y ofrece cinco sub tipos de tasas de interés legal a saber:

1. Tasa de interés legal efectiva
2. Tasa de interés legal laboral
3. Tasa de interés de depósitos administrativos y judiciales en el banco de la nación
4. Tasa de interés promedio del sistema financiero para créditos a la microempresa
5. Tasa de interés promedio del sistema financiero para créditos de consumo.

“tasa legal efectiva” en moneda nacional para el 8 de mayo de 2022, está fijada en 1.75% anual, mientras que en moneda extranjera 0.26% anual, lo cual si comparamos con las tasas máximas fijadas para créditos a la micro empresa, (tope máximo de tasas de interés convencional, para personas consideradas ajenas al sistema financiero), tenemos que para esta misma fecha, en moneda nacional se ha establecido 36.89% y para moneda extranjera en 16.90%, existiendo grandes diferencias a saber:

En segundo término la tasa legal denominada:

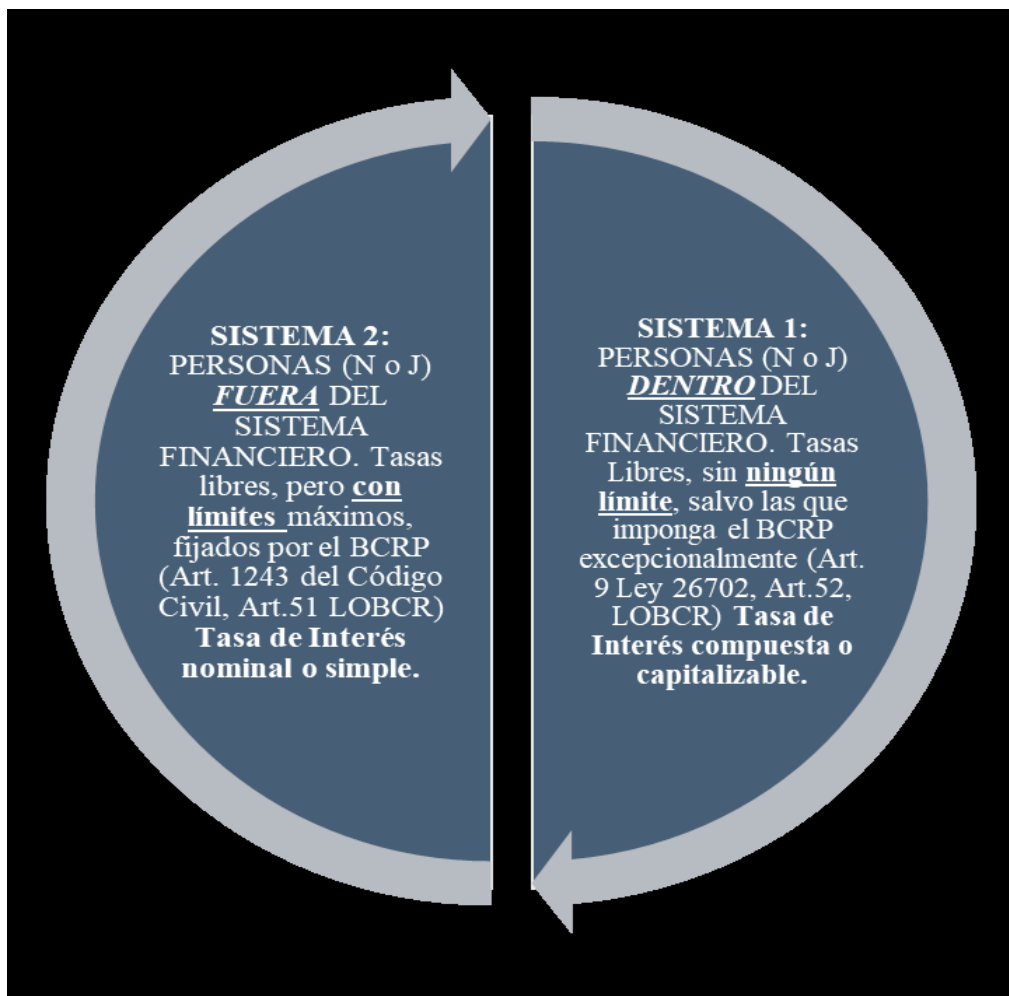
Tasa Legal efectiva		Tasa Max. Micro Empresa		Diferencia	
MN	ME	MN	ME	MN	ME
1.75%	0.26%	36.89%	16.90%	35.14%	16.64%
				95.26%	98.46%

Fuente: SBS / Elaboración: propia

En tercer lugar, llama poderosamente la atención que el Código Civil en su artículo 1249, diga expresamente que no se puede pactar la capitalización de intereses al momento de contraerse la obligación, salvo que se trate de cuentas mercantiles, bancarias o similares, y siendo que estamos hablando de personas ajenas al sistema financiero, que son las que utilizan la tasa de interés legal efectiva, cómo es que se llega a aplicar una capitalización que el propio Código Civil prohíbe de manera expresa. Siendo así, en este punto podríamos indicar que la capitalización estaría permitida sólo para algunos, y, ¿quiénes serían estos? Pues ya el Código Civil lo señala expresamente: “cuentas mercantiles, bancarias o similares”, acorde también a lo que indica el artículo 51 de la Ley Orgánica del BCRP, cuando menciona que el BCRP establece de conformidad con el Código Civil, las tasas máximas de interés compensatorio, moratorio, y legal, para las operaciones ajenas al sistema financiero.

Al decir ajenas al sistema financiero, se entiende que el mundo se divide en dos ámbitos, aquellos que están considerados dentro y aquellos considerados fuera del sistema financiero, siendo que para los primeros se aplicaría libremente la capitalización de intereses y para los segundos estaría prohibido, salvo contradictoriamente para las tasas de tipo legal efectiva establecidas por el BCRP, debiendo sujetarse a la forma y condiciones normadas por éste.

A continuación, se presenta un gráfico que gravita a comprender lo señalado, en donde se puede ubicar en el denominado sistema 1 – S1, a las personas naturales o jurídicas (N o J) consideradas dentro del sistema financiero y en el sistema 2 – S2, a las personas naturales o jurídicas consideradas fuera del sistema financiero:



Fuente y elaboración propias.

## ¿QUÉ DIFERENCIA AL INTERÉS SIMPLE DEL COMPUESTO?

Los dos grandes tipos de interés, en el ámbito de la matemática financiera, son el interés simple y compuesto: “En el interés simple el capital que genera el interés permanece constante todo el tiempo que dura el préstamo. En cambio, en el interés compuesto el interés generado en un período dado se convierte en capital para el siguiente período.” (Vidaurri, 2004, p.182).

Es decir, que el interés simple generado al final del primer período se suma al capital original, formándose un nuevo capital. Por lo que, la suma total obtenida al final del proceso se conoce como monto compuesto o valor futuro y a la diferencia entre el monto compuesto y el

capital original se le llama interés compuesto, Vidaurri (2004).

Entonces, “El interés compuesto se puede definir como la operación financiera en la que el capital aumenta al final de cada período por adición de los intereses vencidos”. (Vidaurri, 2004, p.182). Y “El período convenido para convertir el interés en capital se llama período de capitalización o período de conversión.” (Vidaurri, 2004, p.182).

Así las cosas, a continuación, presentamos las fórmulas de Vidaurri (2004) tanto para el interés simple como para el interés compuesto y un cuadro comparativo de cálculos de ambos tipos de intereses:

<p><u>Fórmula para interés simple:</u></p> $i=p*i*n$ <p>Donde: i= interés, p= préstamo y n= período.</p>	<p><u>Fórmula interés compuesto:</u></p> $F = P (1 + i ) ^ n$ <p>Donde: F= futuro, P= préstamo, i= interés y n= período.</p>
--	--

A continuación, algunos cálculos para interés simple e interés compuesto, para resaltar las diferencias:

### Datos:

Capital: S/. 100,000.00 / Tasa de interés: 2% anual / Período: 10 años

Interes Simple				Interés Compuesto			
Período	Capital	Intereses	Capital + Interés	Período	Capital	Intereses	Capital + Interés
1	S/. 100,000.00	S/. 2,000.00	S/. 102,000.00	1	S/. 100,000.00	S/. 2,000.00	S/. 102,000.00
2	S/. 100,000.00	S/. 2,000.00	S/. 104,000.00	2	S/. 102,000.00	S/. 2,040.00	S/. 104,040.00
3	S/. 100,000.00	S/. 2,000.00	S/. 106,000.00	3	S/. 104,040.00	S/. 2,080.80	S/. 106,120.80
4	S/. 100,000.00	S/. 2,000.00	S/. 108,000.00	4	S/. 106,120.80	S/. 2,122.42	S/. 108,243.22
5	S/. 100,000.00	S/. 2,000.00	S/. 110,000.00	5	S/. 108,243.22	S/. 2,164.86	S/. 110,408.08
6	S/. 100,000.00	S/. 2,000.00	S/. 112,000.00	6	S/. 110,408.08	S/. 2,208.16	S/. 112,616.24
7	S/. 100,000.00	S/. 2,000.00	S/. 114,000.00	7	S/. 112,616.24	S/. 2,252.32	S/. 114,868.57
8	S/. 100,000.00	S/. 2,000.00	S/. 116,000.00	8	S/. 114,868.57	S/. 2,297.37	S/. 117,165.94
9	S/. 100,000.00	S/. 2,000.00	S/. 118,000.00	9	S/. 117,165.94	S/. 2,343.32	S/. 119,509.26
10	S/. 100,000.00	S/. 2,000.00	S/. 120,000.00	10	S/. 119,509.26	S/. 2,390.19	S/. 121,899.44
<b>Total</b>	<b>S/. 100,000.00</b>	<b>S/. 20,000.00</b>	<b>S/. 120,000.00</b>	<b>Total</b>	<b>S/. 119,509.26</b>	<b>S/. 21,899.44</b>	<b>S/. 121,899.44</b>

Fuente y elaboración propia.



Las operaciones realizadas tanto en el cuadro de interés simple (lado izquierdo) como en el cuadro de interés compuesto (lado derecho), han sido elaboradas sin utilizar ninguna fórmula, sino mediante la realización directa de operaciones aritméticas, empero, con la gran cantidad de operaciones y largos períodos en que se realizan diversos intercambios económicos, se hace necesario contar con una fórmula que abrevie este tipo de estimaciones para lo cual se utiliza justamente la fórmula:  $F = P ( 1 + i ) ^ n$ .

Si se reemplazan los datos del ejercicio planteado en una calculadora o una hoja Excel, inmediatamente arrojará la cantidad de S/ 121,899.44, que es la cantidad de capital más los intereses compuestos generados, teniendo en cuenta un período de capitalización anual.

Por tanto, la diferencia es sustancial entre el cálculo de interés simple y el cálculo de interés compuesto, ya que, mientras el total de capital + interés del cuadro de interés simple arroja S/120,000.00, el cuadro de interés compuesto arroja S/121,899.44, dando una diferencia de S/1,899.44 que, para sumas mayores, dicha diferencia se acentuará mucho más, y del mismo modo para sumas inferiores perderá relevancia.

## **IMPACTO DE LOS RIESGOS Y DEL VALOR DEL DINERO EN EL TIEMPO EN EL CAPITAL**

### **Riesgos**

“Riesgo puede definirse como la posibilidad de no cumplir con los objetivos ni con las mínimas metas trazadas de ganancia, es decir, que no se logre la rentabilidad esperada.” (Lerner, 2013, p.79). Los riesgos en tal razón representan la posibilidad de que algo no ocurra conforme a lo planeado o esperado, es algo que siempre está latente, por más que se tomen todas las previsiones del caso, ya que no existe riesgo cero, es por ello que los profesionales del derecho desde el ámbito jurídico contribuyen en gran medida a gestionar o mitigar los riesgos de cualquier proyecto o empresa en marcha.

Casualmente los riesgos están directamente relacionados con el establecimiento de las tasas de interés, ya que un principio

fundamental en las finanzas reza: “a mayor riesgo mayor rentabilidad”, lo cual evidencia que mientras una operación represente un elevado riesgo existe la probabilidad que genere una mayor rentabilidad es decir un mayor beneficio, aunque parezca contradictorio ello sucede así en la práctica de mercado, es por este motivo que las entidades del sistema financiero (S1) otorgan tasas de interés más altas a los pequeños empresarios porque estos representan personas jurídicas o naturales con mayor perfil de riesgo, al ser novísimos en el mercado y trabajar con capitales aún en crecimiento o riesgosos. En sentido contra puesto las grandes y medianas empresas reciben tasas de interés menores, al tener grandes volúmenes de capital en circulación, además del tiempo que se encuentran operando en el mercado.

Coloquialmente existe el razonamiento que si soy más pequeño debería merecer menores tasas, pero ello no es la lógica de la economía ni las finanzas, ya que las tasas de interés son directamente proporcionales al riesgo, es decir a mayor riesgo, mayor será la tasa de interés; y a menor riesgo, la tasa de interés será menor.

Es por ello que a pesar de que estemos tentados a pensar que no parece muy lógico que los más “necesitados” tengan que pagar tasas más altas, ello resulta el principal postulado entre riesgo, beneficio y tasa de interés, establecido hace casi dos siglos y que hoy por hoy continúa siendo la base del razonamiento para la estimación de tasas de interés, tanto en el ámbito financiero como no financiero (S1 o S2).

### **Valor del dinero en el tiempo**

El valor del dinero en el tiempo es una regla que se asocia con el siguiente razonamiento: “un sol vale más hoy que mañana”, con esta idea se creó el valor presente neto o llamado también valor actual neto (VAN), con el propósito de conocer cuál es el valor presente de una inversión a realizar en el futuro (convertir un valor futuro en un valor presente), para lo cual se suman los flujos futuros y se traen a valor presente, considerando una tasa de descuento o también llamada tasa de costo de oportunidad, a todo lo cual se le resta la inversión inicial. Expresado en una fórmula revela (Baca, 1994):

n	
$Van = \sum_{i=1}^n VA (fi) - i_0$	$Van = f1/(1+i)^1 + f2/(1+i)^2 + f3/(1+i)^3 + \dots - i_0$

Donde:

- VA (fi) = Valor Actual del Flujo i.
- I<sub>0</sub> = Inversión Total Inicial (en el período cero).
- i = tasa de descuento o tasa de costo de oportunidad (en porcentaje).

Aunque la inflación sea cero, un sol ahora vale más hoy que dentro de un año por la sencilla razón de que, si tengo un sol ahora, lo puedo invertir, por ejemplo, depositándolo en un banco y tener más de un sol dentro de un año:

[...] si la tasa de interés fuera 10%, el sol se convertiría en S/ 1.10 el próximo año y eso es mejor que sólo un sol que recibiría dentro de un año. En esta argumentación, hay un elemento central: la existencia de una oportunidad de inversión. (Tong, 2021, p.79).

“Los principios del análisis del valor del dinero en el tiempo tienen muchas aplicaciones, entre otras, la planeación del retiro, los calendarios de pagos de préstamos y las decisiones de invertir (o no) en equipo nuevo”. (Brigham y Ehrhardt, 2017, p.140). Así, desde este ámbito del conocimiento también se considera el aspecto previsional como muchos otros, por lo que no es descabellado pensar que todo capital, incluido el capital que una persona recibirá en el futuro producto de su ahorro personal, en una pensión de jubilación, merezca un tratamiento que incluya los efectos del paso del tiempo, y por supuesto lo mismo sucede para el capital de un trabajador que se paga a destiempo, así como el capital comercial que no se honra oportunamente, entre otros supuestos.

En tal razón, el ámbito jurídico está llamado a adentrarse en estas cuestiones, ya que resultan estar directamente relacionadas con el mundo de las obligaciones en el derecho civil e impactan de una u otra forma en todas las áreas del derecho de contenido patrimonial, sujetas al paso del tiempo; paso del tiempo al cual se le suman los extensos períodos que pueden transcurrir frente a una eventual controversia ante las autoridades judiciales en el Perú. “De hecho, de todos los conceptos

que se emplean en las finanzas ninguno tiene tanta importancia como el valor del dinero en el tiempo, también llamado análisis de flujos de efectivo descontados”. (Brigham y Ehrhardt, 2017, p.140).

“Existe el peligro de concluir, erróneamente, que el valor del dinero en el tiempo depende de la inflación y que, si no existiera inflación, no existiría valor del dinero en el tiempo”. (Brigham y Ehrhardt, 2017, p.141). En el caso peruano, el manejo del dinero en muchos ámbitos de la economía se ha venido realizando bajo el supuesto de un índice inflacionario controlado, sin embargo, actualmente con la aparición de la pandemia del Covid-19 y otros factores, estamos en niveles inflacionarios superiores al rango meta establecido por el Fondo Monetario Internacional – FMI, y aquí cabe resaltar lo que dice (Vidaurri, 2004) “la inflación tiene un efecto compuesto; esto es, se comporta como un interés compuesto”, veamos un ejemplo:

Si tenemos una inflación de 6.15% registrada para el año 2021 y suponiendo que esta tasa de inflación se mantiene constante hasta el año 2023, calculemos cuál sería el precio que resultaría de un escritorio a inicios del 2024, si el precio de dicho escritorio en 2021 era de S/ 950.00. Utilizamos la misma fórmula que usamos para hallar el interés compuesto:  $F = P (1 + i)^n$ , reemplazando tenemos:  $F = 950 * (1+0.0615)^n = S/ 1,136.28$ .

Con este ejemplo queremos mostrar que, por diversos factores, en este caso la inflación el capital sufre variaciones, con el transcurrir del tiempo, y el hecho que el capital provenga de una entidad pública, privada, de personas jurídicas o naturales consideradas dentro o fuera del sistema financiero (S1 o S2), no cambia de ninguna manera sus efectos, es decir que es independiente del tipo de entidad en la que se produzca (Baca, 1994).

Lamentablemente queramos o no la economía es cíclica lo que quiere decir que los ajustes, quiebres y variaciones son una constante, es por ello que esto se resuelve con los principios

de la teoría del valor del dinero en el tiempo, dentro de lo cual se encuentra la capitalización de intereses que brinda una estimación del valor futuro de un determinado capital (Dado “P” hallar “F”), mientras que el valor actual neto, trae el valor futuro al presente (Dado “F” hallar “P”), resultando ambas herramientas imprescindibles para evaluar los efectos del paso del tiempo en el capital: Dado un Presente (P) hallar un Futuro (F):  $F_n = P \cdot (1 + i)^n$ ; y, Dado un Futuro (F) hallar un presente (P):  $P = F_n / (1 + i)^n$ .

### **EFFECTO DEL ANATOCISMO O CAPITALIZACIÓN DE INTERESES EN EL ÁMBITO PROCESAL PERUANO**

Tal como se anota en el párrafo sobre la tasa de interés, paradójicamente el Código Civil al interés compuesto o capitalizable le llama anatocismo, señalando su prohibición expresa en el artículo 1249, el cual indica que no se puede pactar la capitalización de intereses al momento de contraerse la obligación, salvo que se trate de cuentas mercantiles, bancarias o similares, con lo cual se separa en dos ámbitos a quienes sí pueden capitalizar y a quienes no pueden capitalizar, lo que el BCRP también marca a través de su artículo 51, al precisar las tasas máximas de interés compensatorio, moratorio, y legal, para las operaciones ajenas al sistema financiero, es decir que las consideradas para operaciones no ajenas o dentro del sistema financiero tendrán otro tratamiento acorde a lo establecido en la Ley N° 26702 - Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros.

Por tanto, la capitalización no se encuentra expresamente prohibida en este ámbito (personas N o J consideradas dentro del sistema financiero – S 1) como sí lo está en el Código Civil en los acotados artículos que delinear un ámbito y tratamiento diferenciado para personas consideradas ajenas al sistema financiero S2. (Ver figura sobre S1 y S2).

Desde el razonamiento que sostenemos, esta separación en dos ámbitos: en el cual existen, personas consideradas dentro del sistema financiero y otras consideradas fuera del sistema financiero S1 y S2, siendo que a las primeras se les permite libremente la capitalización de intereses mientras que a las segundas no se les permite, pierde total coherencia desde el punto de vista jurídico e igualdad ante la ley, así como también desde el punto de vista económico

– financiero, ya que el capital es el mismo en cualquiera de los dos ámbitos y requiere ser resguardado de las variaciones que es objeto por el paso del tiempo. Por ello, como anota, la ingeniería financiera y matemática financiera resuelven este problema a través de la teoría del valor del dinero en tiempo, aplicando la lógica de la capitalización de intereses (valor futuro) y también del valor actual neto (valor presente), resultando un sin sentido que hasta la fecha este artículo se encuentre vigente. Más aún que sea motivo de argumentación y sustentación de muchas decisiones del tribunal constitucional, de nuestras autoridades judiciales y administrativas, tanto en el ámbito procedimental como procesal, por ejemplo: Mediante proceso de Amparo recaído en el EXP. N° 01529-2021-PA/TC, con fecha de publicación 12 de marzo de 2022, se acusa en el fundamento 7 a la instancia judicial de aplicar de manera subrepticia la capitalización de intereses, lo cual no se ajusta a la realidad acorde a los fundamentos expuestos, ya que si bien es cierto el artículo 1249 prohíbe la capitalización de intereses, por su parte el artículo 1244 indica que la tasa de interés legal es fijada por el BCRP y el BCRP se contrapone al Código Civil al fijar una tasa de interés legal efectiva.

No obstante, en la misma línea de ideas, si la matemática financiera e ingeniería financiera dicen que la capitalización de intereses busca aplacar o menguar los efectos del paso del tiempo en el capital o en el dinero, ¿cómo es que no se utiliza este mismo razonamiento para preservar el capital de una persona que se destina a su jubilación?, muy por el contrario se alude a justificaciones, que el estado no persigue fines lucrativos o que se trata de un fondo estatal, etc., lo cual no resiste lógica alguna muy por el contrario se observa la necesidad de comenzar a estudiar y escrudiñar vinculando varias áreas del conocimiento, con el objetivo de no ir en desmedro de los intereses del conjunto.

Un detalle final, acorde a lo mencionado por el Tribunal Constitucional en esta sentencia sería de razonar en el siguiente sentido: si se aplica para el cálculo la tasa de interés legal efectiva fijada por el BCRP (compuesta o capitalizable) pero en una forma de cálculo de tasa de interés simple, probablemente esta tasa no sea la correcta a aplicar para fines previsionales, debido a que dicha tasa ha sido construida sobre las bases financieras del valor del dinero en el tiempo, por lo que justamente se llama tasa de interés legal efectiva, entonces sería un

contra sentido disponer que se aplique la tasa de interés legal que fija el BCRP con observancia del artículo 1249, ya que esto no es posible y al ser dos cosas totalmente distintas.

Ahora bien, si la tasa de interés legal efectiva que fija el BCRP no es la correcta por ser una tasa que lleva implícita capitalización, ¿cuál sería entonces la tasa de interés simple que debería aplicarse para fines previsionales u otros fines de personas consideradas ajenas al sistema financiero?; esa es una buena pregunta sobre la cual no existe respuesta aún.

Una buena referencia resulta, el anteproyecto de reforma del Código Civil (Resolución Ministerial N° 300-2016-JUS) en cuanto al artículo 1249 el cual estipula que puede pactarse la capitalización de intereses al momento de contraerse la obligación, independientemente de que se trate de cuentas mercantiles, bancarias o similares. Se espera que la propuesta sea aceptada, ya que actualmente existen más de 600 pronunciamientos, entre el poder judicial y

el tribunal constitucional en sentido contrario, es decir se ha indicado de manera reiterada que para fines previsionales deberá aplicarse la tasa de interés legal fijada por el BCRP con una forma de cálculo a tasa de interés simple, lo cual como hemos señalado no sería posible, desde el momento que la tasa legal que fija el BCRP es una tasa legal efectiva, es decir, capitalizable.

Por otra parte, el Decreto Ley 25920, en su artículo 1 dispone expresamente que el interés que corresponde pagar por adeudos de carácter laboral es el fijado por el Banco Central de Reserva del Perú y que dicho interés no es capitalizable. Para este caso ocurre lo mismo que en el caso de adeudos previsionales en donde se establece que no existirá capitalización, pese a ello si observamos a simple vista la tasa legal efectiva versus la tasa legal laboral, que establece el BCRP y publica la SBS observamos que nominalmente es la misma, sin embargo, para los factores diarios acumulados cambia. A continuación, observamos los cuadros extraídos de la web de la SBS, para destacar la diferencia:

Tasa de Interés Legal Efectiva				
Ingrese Fecha	08/05/2022	(dd/mm/aaaa)	Consultar	Exportar
<b>Tasa de Interés Legal Efectiva al 08/05/2022</b>				
Moneda Nacional	1.75%	Anual	Factor Diario	0.00005
			Factor Acumulado	7.89036
Moneda Extranjera	0.26%	Anual	Factor Diario	0.00001
			Factor Acumulado	2.10157
1:Acumulado desde el 16 de septiembre de 1992.				

Fuente: SBS / Elaboración: propia

En los cuadros precedentes se visualizan las mismas tasas nominales, para la tasa de interés legal laboral, como la tasa de interés legal efectiva, pero al observar los factores acumulados las cifras cambian, conforme podemos corroborar a continuación:

A continuación, desarrollaremos dos ejercicios (con capitalización y sin capitalización) utilizando la metodología de factores de la SBS y teniendo en cuenta un ejemplo y datos mostrados en su web:

***Ejemplo con capitalización de intereses (tasa legal efectiva):***

Actualizar S/ 18,350.00, por concepto de un préstamo realizado el 15 de agosto de 1999, al día 23 de marzo de 2005, usando la tasa de interés legal efectiva.

Factor acumulado 1 (FA1) al 23/03/2005: 5.23674

Factor acumulado 2 (FA2) al 15/08/1999: 3.77861

Intereses generados entre el 15/08/1999 y el 23/03/2005:

$S/ 18,350.00 * ((5.23674 / 3.77861) - 1) = 7,081.09$

Monto actualizado al 23/03/2005:  $S/ 18,350.00 + 7,081.09 = S/ 25,431.09$

**Ejemplo sin capitalización de intereses (tasa legal laboral)**

Actualizar una deuda de S/ 18,350, generada el realizado el 15 de agosto de 1999, al día 23 de marzo de 2005. En este caso, se usa el factor legal laboral.

Factor acumulado 1 (FA1) al 23/03/2005: 1.58109  
 Factor acumulado 2 (FA2) al 15/08/1999: 1.25471

Intereses generados entre el 15/08/1999 y el 23/03/2005:

$$S/ 18,350 * (1.58109 - 1.25471) = S/ 5,989.07$$

$$\text{Monto actualizado al 23/03/2005: } S/ 18,350 + 5,989.07 = S/ 24,339.07$$

**Resumiendo:**

<b>Monto adeudado</b>	<b>S/. 18,350.00</b>		
<b>Con capitalización</b>		<b>Sin capitalización</b>	
FA1	5.23674	FA1	1.58109
FA2	3.77861	FA2	1.25471
Intereses generados	S/. 7,081.09	Intereses generados	S/. 5,989.07
<b>Valor Actualizado</b>	<b>S/. 25,431.09</b>	<b>Valor Actualizado</b>	<b>S/. 24,339.07</b>
<b>Diferencia</b>	<b>S/. 1,092.02</b>		

Así, el cálculo sin capitalización de intereses arroja una diferencia de S/ 1,092.02 soles con respecto al mismo ejercicio con capitalización de intereses. Si se preguntara a cualquier trabajador qué tipo de cálculo preferiría, seguramente decidiría por la suma que resulte mayor. Y con esto volvemos a nuestra argumentación sobre el paso del tiempo y sus efectos en el capital.

Si existe una deuda a un trabajador esta deuda se ha generado por el devengo de su propio capital (dinero), sea por el factor que fuere, no existiendo razón alguna para que en la actualidad se paguen adeudos o se cumplan obligaciones tanto en el ámbito previsional, laboral, comercial o privado sin capitalizar intereses, ya que la condición de trabajador, pensionista, comerciante o empresario, no es excluyente para la igualdad ante la ley y menos que algunos tengan el privilegio de la capitalización y otros no lo tengan, ya que los capitales son los mismos en cualquier escenario, siendo la lógica de la ingeniería financiera preservar el capital de las fluctuaciones por el paso del tiempo utilizando su metodología de capitalización o valor actual neto.

Pese a lo que viene aconteciendo en reiterada jurisprudencia nacional, sobre ordenar realizar cálculos con tasas de interés legal efectiva fijada por el BCRP, con el supuesto respeto de

la limitación al anatocismo sustentado en el artículo 1249 del Código Civil, convirtiéndola así en una tasa simple o nominal, existen voces de algunos magistrados como Ernesto Blume Fortini que vienen analizando el tema desde otra perspectiva, conforme podemos apreciar:

25. Por estas razones la deuda pensionaria como manifestación material del derecho a la pensión debe ser entendida como el goce de una prestación con valor adquisitivo adecuado con la moneda vigente, pues desconocer la naturaleza valorista de una deuda pensionaria implica una forma de menoscabo a la dignidad del adulto mayor (...) situación que implica el pago de una mensualidad acorde al valor monetario vigente a la fecha de su cancelación. No un pago que suponga la pérdida de su valor adquisitivo, aun cuando el deudor sea el Estado. Lo contrario implica generar una política lesiva al principio-derecho de dignidad del adulto mayor, que se traduce en otorgar prestaciones carentes de solvencia en el mercado para la adquisición y pago de cuestiones elementales y básicas. (STC Exp. N°04302-2014-PA-TC, f.j.25).

Tal como se advierte, el magistrado Ernesto Blume Fortini, pondera que la deuda pensionaria debe ser entendida como el goce de una prestación con valor adquisitivo ajustado a la moneda vigente, ya que desconocer la naturaleza valorista de una deuda pensionaria implicaría una forma de menoscabo a la dignidad

del adulto mayor por lo que debería pagarse una mensualidad acorde al valor monetario vigente en la fecha en que se produzca su cancelación y no un pago que suponga la pérdida de su valor adquisitivo, aun cuando el deudor sea el Estado. (STC Exp. N°04302-2014-PA-TC, f.j.25).

## **JURISPRUDENCIA SOBRE EL ANATOCISMO**

### **Tribunal Constitucional**

En tal sentido, tomando en cuenta que el artículo 1249, del código civil establece una limitación al anatocismo, en la medida en que “no se puede pactar la capitalización de intereses al momento de contraerse la obligación, salvo que se trate de cuentas mercantiles, bancarias o similares”, el Tribunal Constitucional considera razonable que si ya se determinó antes que los intereses legales en deudas de naturaleza previsional deben ser pagados de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 1246 del código civil, también resulte de aplicación la limitación contenida en el artículo 1249 del código civil. (STC Exp. N° 02214-2014-PA/TC, f.j.19).

“El Tribunal Constitucional estima que el interés legal aplicable en materia pensionaria no es capitalizable, conforme al artículo 1249 del código civil”. (STC Exp. N° 02214-2014-PA/TC, f.j.20).

12. Ahora bien, la misma autoridad jurisdiccional expresa, en el fundamento 19 de esta decisión judicial, que debe tenerse en cuenta que si la tasa de interés es nominal (simple), luego de expresarle en forma decimal, con la siguiente fórmula: Factor diario es igual a Tasa de interés nominal sobre Tasa de interés mensual, se obtiene el Factor Diario. El Factor acumulado con Tasa de interés nominal (cuando el interés no es capitalizable), resulta de adicionar sucesivamente el factor diario o de los factores acumulados de cada periodo. 13. Con posterioridad, en el cálculo final del monto de intereses, se establece en la parte resolutive de la decisión judicial (punto resolutive 3), que SE ORDENA a la Oficina de Normalización Previsional el pago a favor de la demandante, de los intereses legales correspondientes a los montos devengados originados por el reajuste de la pensión del actor mediante Resolución 00019048-2003-ONP/DC/DL 19990, de fecha 17 de febrero del 2003, por la suma de CUARENTIUN MIL SESENTIUNO Y 59/100 NUEVOS SOLES (S/.41,061.59). (STC Exp. N° 01529-2021-PA/TC, f.j.12).

20. Con respecto a los intereses legales, estos deben pagarse conforme a lo dispuesto en el fundamento 20 de la sentencia emitida en el Expediente 2214-2014-PA-TC, que constituye doctrina jurisprudencial, y a lo dispuesto por

el artículo 1246 del Código Civil, y los costos procesales de acuerdo al artículo 56 del Código Procesal Constitucional, respectivamente. (STC Exp. N°04302-2014-PA-TC. f.j. 12).

### **Plenos casatorios**

“La capitalización de intereses es cuando los intereses ya vencidos o devengados son agregados al capital, produciendo a su vez nuevos intereses”. Cas. N° 2402-2012- Lambayeque. VI Pleno Casatorio. Considerando 53).

“Anatocismo es la capitalización de intereses, es decir, cuando los intereses ya vencidos o devengados son agregados al capital produciendo a su vez nuevos intereses” (Cas. N° 2402-2012- Lambayeque. VI Pleno Casatorio. Considerando 53).

El artículo 1249 no se refiere – salvo el caso de cuenta bancaria – a las operaciones crediticias que se realizan en el sector financiero, entendiéndose por tal, a los bancos, empresas financieras, mutuales, cooperativas de crédito y en general, a las instituciones que, autorizadas por la Superintendencia de banca y seguros, captan dinero del público para colocarlo a terceros. Dichas operaciones crediticias pueden ser activas o pasivas, tales como créditos en cuenta corriente, créditos directos, créditos promocionales – en virtud de los cuáles se otorga un amplio plazo para empezar a amortizar el principal, capitalizándose los intereses desde el inicio – o créditos otorgados por la banca Estatal de Fomento, cuya finalidad es promover los sectores productivos. Para estos casos la ley civil no legisla, pues esas operaciones son reguladas por las respectivas entidades del Estado peruano. (Cas. N° 2402-2012-lambayeque. VI Pleno Casatorio. Considerando 53).

### **Corte Suprema**

Siendo aplicables los artículos comprendidos en el Capítulo Segundo del Título I de la Segunda Sección del Libro de las Obligaciones, referidas al pago de intereses, estos son los artículos 1242 y siguientes del código civil, para los efectos de pago de los intereses generados por adeudos de carácter previsional la tasa aplicable que debe ordenar el juez es la fijada por el Banco Central de reserva del Perú, pero con observancia de la limitación contenida en el artículo 1249 del mismo texto normativo. (Cas. N° 5128-2013-Lima).

Respecto al pago de los intereses, debe manifestarse que el artículo 48 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27584 que establece: “La entidad está obligada al pago de los intereses que generen el retraso en la ejecución de la sentencia”, no resulta aplicable al presente caso ya que dicha norma hace referencia a los intereses generados por el retraso en la ejecución de una sentencia, pretensión distinta a la invocada en el escrito de la demanda, ya que debe considerarse que los intereses legales que se reclaman en el presente proceso constituyen una consecuencia del no pago oportuno del íntegro de las bonificaciones demandadas, por tanto ordenarse su pago según lo dispuesto en los artículos 1242 y 1246 del código civil, teniendo en cuenta la tasa de interés legal simple y no los capitalizables que dispone el artículo 1249 del Código Civil. (Cas. N° 7198-2015-Huánuco).

En dicho contexto, y ratificando lo antes expuesto, la Ley de Presupuesto para el año fiscal 2013, N° 29951, en su Nonagésima Séptima Disposición Complementaria Final, dispuso que a partir de su vigencia el interés que corresponde pagar por adeudos de carácter provisional es el interés legal fijado por el Banco Central de Reserva del Perú, y que dicho interés no es capitalizable, conforme al artículo 1249 del Código Sustantivo. (Cas. N° 2996-2015-Lima).

En el caso de autos, se advierte que al no haberse convenido el pago del interés moratoria, ni pactado el interés compensatorio, corresponde el pago del interés legal fijado por el Banco Central de Reserva del Perú, por el pago no oportuno de las pensiones devengadas al actor, conforme a lo previsto en los artículos 1244 y 1246 del Código Civil; sin embargo, es preciso señalar que dicho interés, debe ser calculado no como un interés efectivo; es decir capitalizable, sino como un interés simple, el cual se calcula y se paga sobre un capital inicial que permanece invariable; por tanto, se evidencia que el Colegiado Superior al emitir pronunciamiento, ha incurrido en infracción del artículo 1249 del Código Civil, al no haber tenido en cuenta que el derecho a la pensión y su abono no se encuentran dentro del ámbito mercantil, bancario o similares; sino más bien tiene su fundamento en el derecho social. (Cas. N° 1808-2015-Lima).

## Corte Superior

DÉCIMO SÉTIMO.- En consecuencia no advirtiéndose que las partes procesales hubieran convenido en establecer el interés capitalizable, el mismo que incluso está prohibido por la norma respectiva, corresponde fijar el interés legal simple o nominal, en la medida de que el pago de pensiones a través de la demanda no persigue una finalidad lucrativa, sino cumple una labor de administración de fondos que son cubiertos con el presupuesto nacional, por lo que en ejecución de sentencia debe procederse a su liquidación. En ese sentido si bien es aplicable el artículo 1242 del Código Civil, sin embargo, el mismo debe ser otorgado con observación del artículo 1249 del Código Civil, correspondiendo su cálculo en función a la liquidación efectuada por devengados que aparece de folios once a trece que no han sido cuestionados. (Corte Superior de Justicia de Huaura – proceso de Amparo recaído en el Exp. N°00750-2013-0-1301-JR-CI-01)

## CONCLUSIONES

El Banco Central de Reserva – BCRP, por norma expresa, artículo 1243, del Código Civil fija las tasas de interés máximas permitidas para personas consideradas ajenas al sistema financiero (S2), publicando en la web de la SBS, los tipos de tasas legales y dentro de ellas, una tasa de interés legal efectiva, la cual lleva implícita la capitalización de intereses, sin embargo, al momento que muchos justiciables realizan sus estimaciones para pagos previsionales, laborales, comerciales u otros, estos no son aceptados por las autoridades jurisdiccionales, rechazando dichos cálculos bajo el entendimiento que la capitalización (anatocismo) estaría prohibida (artículo 1249 del CC).

Desde el ámbito económico- financiero, existe el entendimiento de que la capitalización de intereses funciona como una forma de proteger o conservar el valor del capital frente a las variaciones o fluctuaciones a las que está sujeto por efecto del paso del tiempo, dentro de ellas la inflación, crisis financieras, oportunidades de inversión, entre otros.

Actualmente no existe en el Perú una tasa de interés legal que no sea efectiva, es decir una tasa legal simple a la cual puedan calcularse o actualizarse los adeudos previsionales, laborales

o comerciales de personas consideradas ajenas al sistema financiero (S2), por lo que los juzgados normalmente vienen ordenando que se realicen estimaciones con la tasa legal efectiva pero sin capitalización (tasa simple o nominal), sobre la cual no tenemos exactitud que realmente refleje los efectos del paso del tiempo o que en todo caso, conforme al análisis realizado, sea la tasa correcta para este fin; se afirma entonces, que se ha venido otorgando montos de intereses calculados con una tasa de interés incorrecta o que no refleja en los montos determinados los efectos y variaciones del paso del tiempo en el capital.

## PROPUESTA

Que el Banco Central de Reserva – BCRP, previo sustento y análisis correspondiente determine una tasa simple o nominal (sin capitalización) para obligaciones previsionales, laborales y comerciales, la cual lleve implícita los efectos del paso del tiempo y por supuesto varíe acorde a las fluctuaciones económicas y régimen monetario. O en todo caso se acepte la capitalización de intereses en el Perú, es decir que el anatocismo esté permitido libremente, para personas consideradas dentro y fuera del sistema financiero (S1 y S2), considerando los límites que establezca el BCRP para la preservación del capital y la estabilidad monetaria.

## FUENTES DE INFORMACIÓN

### Fuentes bibliográficas

Baca Urbina, G. (1994). *Fundamentos de Ingeniería Económica*. (1.a ed.). Ed. Mc Graw-Hill/Interamericana de México, S.A. de C.V.

Chu Rubio, M. (2004). *Fundamentos de finanzas. Un enfoque peruano*. Kemocorp International.

Desai, M. A. (2019). *La sabiduría de las finanzas*. Descubrir el lado humano en el mundo del riesgo y el rendimiento. Taurus.

Elías Laroza, E. (1999). *Derecho societario peruano*. Normas Legales.

Eugene F. Brigham y Michael C. Ehrhardt. (2018) *Finanzas Corporativas: Enfoque Central*. 1° Edición. Cengage Learning Editores, S.A.

Havard Business School Review Press. (2017) *Finanzas Básicas*. Editorial Reverté, S.A.

Herz Gherzi, J. (2017). *Apuntes de Contabilidad Financiera*. Segunda Edición. Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC)

Kozikowski Zarska, Z. (2013). *Finanzas internacionales*. (3.a ed.). Mc Graw-Hill/ Interamericana Editores.

Lerner Geller, A. (2013). *Dinero eficiente. Dónde, cuándo, cómo invertir con éxito*. (s. e.)

Martín Mato, M. A. (2010). *Mercado de capitales: una perspectiva global*. (1.a ed.). Cengage Learning.

Meigs, R. F.; Bettner, M. S.; Haka, S. F. & Williams, J. R. (2000). *Contabilidad. La base para las decisiones gerenciales*. (11.a ed.). McGraw Hill.

[Ministerio de Economía y Finanzas (2019)]. *Plan contable general empresarial*. Modificado 2019. [mef.gob.pe/contenidos/conta\\_publ/pcge/PCGE\\_2019.pdf](http://mef.gob.pe/contenidos/conta_publ/pcge/PCGE_2019.pdf)

Tong Chang, J. (2021). *Finanzas Empresariales: la decisión de inversión*. 1° edición. Universidad del Pacífico.

Vidaurri Aguirre, H.M. (2004) *Matemáticas Financieras*. (3.a ed.). Ed. Internacional Thomson Editores.

### Fuentes Legales

Circular n.° 0018-2019-BCRP [Banco Central de Reserva del Perú]. Que modifica las tasas máximas de interés convencional compensatorio y moratorio aplicables a las operaciones entre personas ajenas al sistema financiero con la finalidad de propiciar el desarrollo del mercado de capitales. 16 de agosto de 2019.

Circular n.° 0020-2019-BCRP [Banco Central de Reserva del Perú]. Que modificar las disposiciones contenidas en la Circular No. 0018-2019BCRP en lo que se refiere a la publicación de las tasas de interés y a la fecha de inicio de vigencia de la referida Circular. 28 de agosto de 2019.

Circular n.° 0008-2021-BCRP [Banco Central de Reserva del Perú]. Que establece tasas máximas de interés convencional compensatorio y moratorio aplicables a las operaciones de las empresas del sistema financiero en sus carteras de créditos de consumo, créditos de consumo de bajo monto (igual o menor a 2 unidades impositivas tributarias) y créditos para las pequeñas y microempresas, así como modificar las tasas



- máximas de interés convencional compensatorio y moratorio aplicables a las operaciones entre personas ajenas al sistema financiero. 27 de abril de 2021.
- Código de comercio y comercio marítimo. 15 de febrero de 1902.
- Congreso Constituyente Democrático (2016). Constitución Política del Perú. Promulgada el 29 de diciembre de 1993. Fondo Editorial del Congreso de la República.
- Decreto Legislativo n.º 768. Código procesal civil. 29 de febrero de 1992.
- Decreto Legislativo n.º 295. Código Civil. 24 de julio de 1984.
- Decreto Ley n.º 26123. Ley Orgánica del Banco Central de Reserva del Perú. 29 de diciembre de 1992.
- Ley n.º 26702. Ley general del sistema financiero y del sistema de seguros y orgánica de la superintendencia de banca y seguros. 6 de diciembre de 1996.
- Fuentes hemerográficas**  
<http://www.derecho.usmp.edu.pe/biblioteca/basedatos.htm>
- Multilegis – SPIJ – Buscador de Jurisprudencia Constitucional – EBSCO – PROQUEST – RefWorks – E-libro.
- Jiménez E. (2021) Intereses convencionales, precio del dinero, tasas máximas y anatocismo: sobre el anteproyecto de reforma del Código Civil, Revista Advocatus 41- <https://doi.org/10.26439/advocatus2021.n041.5662>
- Fuentes electrónicas**
- Meneses Pacheco C. (2015) Revista IUS ET PRAXIS Recuperado de: <http://www.revistaiepraxis.cl/index.php/iepraxis/article/view/348/293>
- Miñano Donayre A. (2016) ¿Cuál es la diferencia entre interés simple y compuesto? Recuperado de: [https://glf.com.pe/exitosa\\_articulos/22\\_noviembre\\_2015.html](https://glf.com.pe/exitosa_articulos/22_noviembre_2015.html)
- Metodología de cálculo de factores diarios y acumulados de las Tasas de Interés Promedio. Recuperado de: <https://www.sbs.gob.pe/estadisticas/tasa-de-interes/tasa-de-interes-de-indole-legal>
- Metodología para el cálculo de las tasas de interés de índole legal. Recuperado de: <https://www.sbs.gob.pe/estadisticas/tasa-de-interes/tasa-de-interes-de-indole-legal>
- Guía de Usuario del Aplicativo de Series Estadísticas - Tasas de Interés. Recuperado de: <https://www.sbs.gob.pe/estadisticas/tasa-de-interes/tasa-de-interes-de-indole-legal>
- Jurisprudencia**
- Exp. n.º 02214-2014-PA/TC, [Tribunal Constitucional].
- Exp. n.º 01529-2021-PA/TC, [Tribunal Constitucional], con fecha de publicación 12 de marzo de 2022.
- Exp. n.º 04302-2014-PA-TC. [Tribunal Constitucional].
- Casación n.º 2402-2012-Lambayeque. VI Pleno Casatorio.
- Casación n.º 5128-2013-Lima
- Casación n.º 2996-2015-Lima
- Casación n.º 1808-2015-Lima
- Casación n.º 7198-2015-Huánuco
- Exp. n.º 00750-2013-0-1301-JR-CI-01) [Corte Superior de Justicia de Huaura]. Proceso de Amparo
- Exp. n.º 00009-2014-PI/TC [Tribunal Constitucional]. Demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra la Ley n.º 29720, que promueve las emisiones de valores mobiliarios y fortalece el mercado de capitales. 4 de marzo de 2016.
- Exp. n.º 0008-2003-AI/TC [Tribunal Constitucional]. Acción de inconstitucionalidad interpuesta por don Roberto Nesta Brero, en representación de 5728 ciudadanos, contra el artículo 4.º del Decreto de Urgencia n.º 140-2001. 11 de noviembre de 2003.

# EL LEVANTAMIENTO DEL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES Y LA EXCESIVA DEMORA EN LA ENTREGA DE INFORMACIÓN POR PARTE DE LAS EMPRESAS DE TELEFONÍA

## THE LIFTING OF THE SECRET OF COMMUNICATIONS AND THE EXCESSIVE DELAY IN THE DELIVERY OF INFORMATION BY THE TELEPHONE COMPANIES

*Susy Lorena Montero León*

ORCID: 0000-0002-4833-5972

Fiscal Provincial Penal de Lima Este – Ministerio Público

susylorena26@gmail.com

Perú

DOI: 10.24265/voxxuris.2023.v41n2.06

Recibido: 3 de noviembre de 2022.

Aceptado: 14 de febrero de 2023.

### SUMARIO

- Introducción.
- Marco normativo del levantamiento del secreto de las comunicaciones.
- Trámite procesal: Razonabilidad, necesidad y proporcionalidad de la medida.
- Perjuicio e incumplimiento del plazo procesal en la investigación.
- Propuesta.
- Conclusiones.
- Fuentes de información.

### RESUMEN

Ante el aumento constante de los delitos de femicidio y sicariato en los distritos de Ate y Santa Anita, el Ministerio Público tiene como herramienta fundamental la medida restrictiva de derechos del levantamiento del secreto de las comunicaciones, para conocer la identidad del autor material y arribar al esclarecimiento de los hechos; sin embargo, los informes de las empresas de telefonía, son remitidos en un lapso muy prolongado de ocho a catorce meses después de haberse solicitado, lo que conlleva a generar un grave retraso y perjuicio a la investigación por la excesiva demora en la entrega de la información, toda vez que, ante el vencimiento de los plazos procesales y la falta de identificación del autor del hecho, el fiscal procede a tomar la injusta decisión de disponer el archivo de la investigación y la muerte de la víctima queda impune, por ello, es necesario establecer un plazo límite de 90 días naturales para la entrega de la

información requerida, bajo responsabilidad penal de los funcionarios encargados y de imponerse la sanción con una multa a las empresas de telefonía.

### PALABRAS CLAVE

Secreto de comunicaciones, plazo procesal, excesiva demora, técnica de investigación, impunidad.

### ABSTRACT

Given the constant increase in the crimes of femicide and hired assassination in the districts of Ate and Santa Anita, the Public Ministry has as a fundamental tool the restrictive measure of rights of the Lifting of the Secret of Communications, to know the identity of the material author and arrive at the clarification of the facts; however, the reports of the telephone companies are sent in a very long period of eight to fourteen months after being requested, which leads to serious delay and damage to the investigation due to the excessive delay in the delivery of the information. information, since, given the expiration of the procedural deadlines and the lack of identification of the perpetrator of the act, the prosecutor proceeds to make the unfair decision to file the investigation and the death of the victim remains unpunished, therefore, It is necessary to establish a time limit of 90 calendar days for the delivery of the required information, under the criminal responsibility of the officials in charge and imposing the sanction with a fine on the telephone companies.

## KEYWORDS

Secret of communications, procedural term, excessive delay, investigation technique, impunity.

## INTRODUCCIÓN

Desde el año 2018 a la actualidad, de acuerdo a lo indicado por el Observatorio de Criminalidad del Ministerio Público, el aumento de la comisión de los delitos de feminicidio y sicariato en los distritos de Ate y Santa Anita ha traído como consecuencia que el fiscal requiera ante el Juzgado de Investigación Preparatoria, el levantamiento del secreto de las comunicaciones como búsqueda de pruebas, por cuanto la misma permite acceder a la información contenida en los equipos celulares y redes sociales, para obtener la identidad del titular de la línea que mantuvo la última comunicación con la víctima y conocer al autor del delito.

Con la medida del levantamiento del secreto de las comunicaciones se busca conocer la identidad del autor o autores del hecho, las llamadas, mensajes de texto, *whatsapp*, *facebook*, los puntos de ubicación y geolocalización, entre otros, que recibió la víctima, días o momentos previos antes de que se ejecute su muerte y también conocer las causas por las que se realizó esta.

El trámite procesal que realiza el fiscal ante el juez de la Investigación Preparatoria, se encuentra dentro de las 72 horas a fin de que se obtenga la resolución judicial que autoriza esta medida; sin embargo, los informes de las empresas de telefonía (Movistar, Entel, Claro, Bitel), son remitidos al despacho fiscal en un plazo comprendido entre ocho a catorce meses, cuando ya han vencido ampliamente los plazos procesales de la investigación preliminar e investigación preparatoria contemplados en los artículos 334 inciso 2 y 342 incisos 1 y 2 del Código Procesal Penal (CPP).

Este artículo pretende dar a conocer el marco normativo sobre el levantamiento del secreto de comunicaciones, el trámite procesal a seguir, la finalidad, proporcionalidad y necesidad de la medida que se solicita, para obtener la resolución judicial y también como la demora excesiva en la entrega del informe por parte de las empresas de telefonía, causa un grave perjuicio a la investigación, toda vez que excede los plazos procesales contemplados en el Código Procesal Penal, lo que conlleva al fiscal a adoptar la injusta decisión de archivar

definitivamente la investigación; sin conocer oportunamente la identificación del autor del hecho delictivo.

Por lo expuesto, se propone modificar el artículo 230° inciso 4 del Código Procesal Penal (CPP), a fin de establecer un plazo límite (90 días naturales) y bajo responsabilidad del funcionario a cargo a fin de que sea procesado por el delito de *desobediencia a la autoridad* previsto en el artículo 368 del Código Penal (CP) y además se imponga una pena accesoria de multa (5 UIT) conforme a lo establecido en el artículo 105 inciso 5 y artículo 105 – A inciso 4 del CP, a la empresa telefónica, por el incumplimiento y excesiva demora de atender con la información requerida.

## MARCO NORMATIVO DE LA MEDIDA DEL LEVANTAMIENTO DEL SECRETO DE COMUNICACIONES

A nivel internacional el derecho al secreto de las comunicaciones se encuentra regulado en el artículo 8° del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) el cual concretamente reconoce que:

Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia (...). No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto y en cuanto, esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

A nivel nacional, el artículo 2 inciso 10 de la Constitución Política, establece el derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones, en tal sentido, el levantamiento del secreto de las comunicaciones requerido por el fiscal se concede por mandato motivado del juez, con las garantías previstas en los artículos 230 y 231 del CPP, los cuales regulan el procedimiento y ejecución de la medida.

Arbulú (2014), indica que el primer antecedente legislativo en nuestro país fue el artículo 2 de la Ley N° 27379, que fue derogado posteriormente por la Ley N° 27697, el cual sigue vigente en paralelo a la aplicación del CPP. Esta norma tiene por finalidad otorgar la facultad constitucional a los jueces para conocer y controlar las comunicaciones de las

personas que son materia de investigación, siendo únicamente aplicable en delitos graves.

Por su parte, Sánchez (2020) ha indicado que en materia procesal penal se regula la intervención de las comunicaciones y telecomunicaciones con la finalidad específica de investigación y citando a Muñoz de Morales Romero, refiere que:

Una intromisión de los órganos de persecución penal del Estado en el libre ejercicio del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones privadas del imputado o de las personas de las que éste se sirva para comunicarse (...) cuya finalidad consiste en la investigación y esclarecimiento de hechos delictivos, la identificación del delincuente, y en su caso la posibilidad de utilizar las informaciones recopiladas como medios de prueba en el acto del juicio oral.

El levantamiento del secreto de las comunicaciones comprende dos ámbitos: 1) el secreto de las comunicaciones, por el cual se entiende que las empresas de telefonía están obligadas a adoptar medidas y procedimientos para proteger la inviolabilidad de las comunicaciones que se cursen a través de sus redes; y 2) la reserva de los datos personales de los usuarios, que comprende cualquier información personal concerniente a las personas identificadas que se encuentren contenidas en los soportes informáticos y bases de datos.

Dentro de los datos personales, se encuentran comprendidos: 1) Datos del abonado obtenidos por la contratación de servicios de telecomunicaciones u otros, tales como: Identificación del abonado, titularidad de la línea, código del cliente, servicios y equipos contratados, el número o dirección IP, titularidad de los nombres de usuario (“logins” o “users”) y/o de las claves de acceso (“passwords”) asociadas a un servicio determinado, la titularidad de las cuentas de correo electrónico y de cualesquiera servicios adicionales asociados a los servicios públicos de telecomunicaciones prestados por las empresas telefónicas.

El levantamiento del secreto de las comunicaciones, en torno a su naturaleza jurídica tiene una doble función; por un lado, una investigadora (medio lícito para realizar la investigación y recabar elementos de convicción) y otra, como un medio de prueba en sí (actualmente equiparada como prueba documental), la cual será presentada a nivel de juicio oral.

Los presupuestos materiales y procesales que exige el CPP para limitar o restringir el secreto de las comunicaciones son: a) Presupuesto material, por el cual para la adopción de la intervención telefónica, se exige que el objeto de la investigación lo constituya un delito grave sancionado con pena superior a los cuatro años de privación de la libertad, referido al extremo mínimo de la pena conminada, pues lo contrario no se condice con el carácter excepcional y restringido de la medida; y b) Presupuesto procesal, mediante el cual se requiere que la petición fiscal debe realizarse necesariamente dentro de la investigación preparatoria, descartándose su dictado en las diligencias preliminares, de ahí que el artículo 338 inciso 4 del CPP, exija al fiscal la formalización de la Investigación Preparatoria a efectos de solicitar medidas coercitivas.

### **TRÁMITE PROCESAL: RAZONABILIDAD, NECESIDAD Y PROPORCIONALIDAD DE LA MEDIDA**

San Martín (2015) sostiene que el conocimiento y aseguramiento de las fuentes de investigación, permite clasificarlos de diferentes maneras y que se dividen en: a) actos que se dirigen a buscar y adquirir las fuentes de la investigación: allanamiento, control de comunicaciones; y b) actos que proporcionan por sí mismas las fuentes de investigación: inspección judicial, testificales, documentos, informe pericial, careos, injerencias corporales.

San Martín (2015), sostiene además que, la afectación de derechos fundamentales con motivo de esclarecimiento de los hechos punibles se justifica en aras de una mayor eficacia en la persecución de los delitos; por ello el CPP regula en ciertos casos y bajo ciertas condiciones la utilización de medios o técnicas de investigación penal por los cuales, el poder público hace una intromisión legítima en la esfera de los derechos fundamentales.

El artículo 202 del CPP, exige que tanto el requerimiento fiscal y la resolución judicial, sean debidamente motivados, de igual modo para concederse la autorización se requiere que existan razones para comprobar o descubrir hechos importantes para la investigación y la existencia de suficientes elementos de convicción, de ello depende que las fuentes de investigación adquiridas, se conviertan en potenciales medios de prueba para el juicio oral, que acreditarán la participación de los autores en un hecho delictivo.

En la investigación de hechos criminales, donde el resultado sea la muerte, el artículo 230 del CPP, otorga al Fiscal la facultad de solicitar al Juzgado de Investigación Preparatoria la medida del levantamiento del secreto de las comunicaciones, con la finalidad de conocer los datos de las llamadas recibidas y realizadas, diálogos de *whatsapp*, *messenger*, contactos de *facebook*, acceso a la carpeta de imágenes, fotos y videos actuales y eliminados, puntos de geolocalización y de *waze*, entre otros, de la persona agraviada o investigada, con el propósito de conocer la identidad del autor de la ejecución del crimen y reunir evidencia que permita sostener una imputación en su contra y arribar al esclarecimiento de los hechos.

Para acceder a esta medida, se requiere una resolución judicial suficientemente motivada, en atención a los hechos y gravedad del delito, sujeto a un control judicial para ejecutar la medida y evitar la vulneración de derechos fundamentales, debiendo precisarse la proporcionalidad, necesidad, forma, alcance y duración de esta.

El Tribunal Constitucional a través de un juicio ponderativo, haciendo uso de la prueba de proporcionalidad y en atención a los requisitos o presupuestos establecidos en el artículo 230 del CPP, ha establecido que, para conceder esta medida limitativa de derechos, se debe determinar los hechos materia de investigación, para luego establecer la razonabilidad, necesidad y proporcionalidad, describiendo cada uno de la siguiente manera:

**a) Razonabilidad:** Por la cual se exige la presencia de suficientes elementos de convicción para acreditar la comisión del delito (sospechas indiciarias), la vinculación del autor con el delito y los argumentos que sustentan el pedido, es decir, lo que se quiere obtener, probar o acreditar en la investigación con la limitación de la medida. El Fiscal, debe adjuntar a su requerimiento los elementos de convicción evidenciando en este nivel indiciario, la comisión del hecho delictivo y la individualización del perjudicado, con la finalidad de descubrir a través de las comunicaciones, quién sería la persona involucrada, la participación del autor y partícipes en la ejecución del acto ilícito, los motivos por los cuales se ejecutó el hecho a fin de proceder a formalizar la investigación preparatoria y emitir en su oportunidad la acusación fiscal.

**b) Necesidad:** Exige que la intervención sea totalmente necesaria para continuar con las indagaciones con la finalidad de obtener un resultado que es el esclarecimiento de los hechos,

no se trata solo de limitar un derecho, sino que se debe direccionar la misma para obtener información sobre los motivos de la ejecución del acto y los que han tenido participación, mediante el uso de actos que sean menos lesivos a los derechos fundamentales y acudir a estos, siempre que, otras medidas alternativas no tengan las mismas consecuencias o el logro de los fines de la investigación.

**c) Proporcionalidad:** En este presupuesto citando a Blancas (2016), sostiene que una injerencia en los derechos fundamentales es legítima, cuando el grado de realización del objetivo de intervención debe ser por lo menos equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho fundamental; en tal sentido, se trata de la comparación del fin de la medida examinada frente a la afectación del derecho fundamental.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 230 del CPP, el requerimiento fiscal y la resolución judicial que la autoriza debe indicar: 1) el nombre y domicilio del afectado, si se conociera; 2) el número de teléfono u otro medio de comunicación a intervenir, grabar o registrar; 3) cómo será la forma de la interceptación; 4) el alcance; 5) la duración; y 6) la dependencia policial o Fiscalía que se encargará de la intervención, grabación o registro. La resolución se comunica al Fiscal en el plazo más breve posible para proceder con su ejecución.

Los concesionarios de las empresas telefónicas deberán dar cumplimiento a la resolución judicial y entregar la información solicitada a la Policía Nacional o al Fiscal que solicitó la medida, en el plazo más breve posible, pero no debe exceder el plazo de investigación preliminar o preparatoria. Asimismo, si durante la investigación, se advierte que existe alguna variación de los elementos de convicción que previamente fueron tomados en consideración para ordenar la medida, deberá ser interrumpida de manera inmediata con la respectiva comunicación al Juez de Investigación Preparatoria que emitió la resolución.

## PERJUICIO E INCUMPLIMIENTO DEL PLAZO PROCESAL EN LA INVESTIGACIÓN

La investigación preliminar inicia desde el momento que se tiene conocimiento del hecho delictivo y se realizan los primeros actos de investigación. Dentro de las diligencias preliminares, por la urgencia y gravedad de los casos, el Ministerio Público puede solicitar el

levantamiento de secreto de comunicaciones con la finalidad de conocer la identidad y geolocalización del victimario, conforme lo establece el artículo 230 inciso 1 del CPP.

El peligro en la demora de la investigación preliminar, al no realizarse las diligencias de manera oportuna y utilizando los mecanismos procesales correspondientes, pone en riesgo el éxito del proceso penal; pues en esta etapa es donde deben reunirse los medios de prueba idóneos que permitan atribuir la responsabilidad de la comisión de un hecho delictivo a un sujeto que esté plenamente identificado, en tal sentido, resulta pertinente que la actuación fiscal sea realizada utilizando una de las medidas limitativas de derechos que servirá como instrumento para la recolección de pruebas las mismas que servirán para la etapa del juicio oral.

Luego de haberse expedido la resolución judicial; el fiscal mediante oficio y adjuntando la resolución judicial, solicita a las empresas de telecomunicaciones, remitan la información correspondiente en forma inmediata, debiendo indicar quiénes son los titulares de las líneas, la geolocalización de teléfonos móviles o registro de las comunicaciones que hayan sido dispuestas en tiempo real las 24 horas y los 365 días del año, todo ello, con el apercibimiento de las responsabilidades de ley en caso de incumplimiento.

La información requerida será analizada por el fiscal y luego será utilizada como medio de prueba en el juicio oral, por lo que, la excesiva demora en su entrega implica un riesgo latente para el proceso y como consecuencia un daño irreparable para los familiares de la víctima, por ello las empresas de telefonía deben coadyuvar con la investigación y dar todas las facilidades de manera oportuna; sin embargo, se experimenta una realidad diferente, toda vez que las empresas de telefonía indican que reciben más de trescientas solicitudes de levantamiento del secreto de las comunicaciones aproximadamente, los recursos humanos y técnicos son insuficientes para atenderlos, justificando con ello la excesiva demora.

En la mayoría de los casos, a pesar que se declara compleja la investigación preliminar por el plazo de ocho meses conforme al artículo 342 inciso 2 del CPP, ante la demora excesiva de la entrega del récord de llamadas por parte de las empresas telefónicas, impide conocer de manera inmediata la identidad y punto

de geolocalización o ubicación del autor del hecho, por ello es que los casos de homicidio o sicariato, son archivados, ya que no se cumple con los requisitos exigidos en el artículo 336 inciso 1 del CPP, que es la plena identificación del investigado.

Por ello, al no existir identificación del autor o partícipes en la comisión del delito y elementos de convicción suficientes (llamadas telefónicas que acreditan las coordinaciones previas) que los vinculen con la comisión del delito, la investigación preliminar debe ser archivada y los responsables de estos actos no tienen un castigo, por lo que la muerte de la víctima queda impune, lo cual causa grave perjuicio emocional a la familia de la víctima, ya que ellos tienen derecho a saber cómo sucedieron los hechos y quién fue la persona responsable. No obstante, si transcurrido el tiempo y de llegar a obtenerse los informes presentados por las empresas de telefonía y determinarse la identidad de la persona que comete el delito y que existan nuevos elementos de convicción, podría volver a abrirse la investigación conforme a lo que establece el artículo 335 inciso 2 del CPP.

De acuerdo al inciso 4 del artículo 230 del CPP, se establece que las empresas de telecomunicaciones están obligadas a facilitar en forma inmediata, el registro de comunicaciones telefónicas, la identificación de los titulares y la geolocalización de los teléfonos móviles, dispuestas mediante resolución judicial, bajo apercibimiento de aplicarse las responsabilidades de ley en caso de incumplimiento; en la realidad no se da cumplimiento a lo normado en este artículo, toda vez que los informes no son entregados de manera inmediata, por el contrario los mismos llegan al despacho fiscal entre los ocho a catorce meses, cuando los plazos procesales han vencido en exceso y tampoco se aplican las responsabilidades de ley a las que se hace referencia, por cuanto no se establece cuáles son las mismas.

Sobre el particular, debemos señalar que si bien el inciso 4 del artículo 230 del CPP solo indica las frases “de manera inmediata” y “responsabilidades de ley”, no se ha consignado de manera expresa cual es el plazo a presentar dichos informes, lo que se puede interpretar de manera tácita que el plazo inmediato sería de 24 o 72 horas, asimismo no se ha indicado cuales serían las responsabilidades de ley a aplicar y si estas van dirigidas contra los trabajadores (persona natural) o contra la empresa (persona

jurídica) de telecomunicaciones, existiendo un vacío normativo sobre este punto.

Frente a este vacío normativo, se propone el plazo de la entrega del informe de las empresas de telefonía se realicen dentro de los noventa días hábiles, que el trabajador designado, sea procesado por el delito de desobediencia a la autoridad sancionado en el artículo 368 del CP y de igual modo, como pena accesoria deberá aplicarse la multa de 5 UIT a la empresa de telecomunicaciones, conforme a lo establecido en los artículos 105 inciso 5 y 105 – A inciso 4 del CP.

Las razones que sustentan la propuesta de un plazo de los 90 días hábiles como plazo límite para la entrega de los informes, son porque las empresas de telefonía erróneamente interpretan la frase “de manera inmediata” en el sentido de “cuando se pueda realizar” debido al alto incremento de pedidos a nivel nacional y se dará cumplimiento a la orden judicial conforme al “orden de llegada del pedido”, de igual modo, evidentemente no todas las solicitudes pueden ser atendidas inmediatamente luego de su recepción, es decir, en el plazo de 24 o 48 horas, pues existe una gran cantidad de pedidos a nivel nacional y una abundante información que extraer de la base de datos; es por ello, que al establecerse un plazo de manera específica y expresa en la norma, las empresas de telecomunicaciones van a cumplir con emitir los informes en un plazo razonable, lo que va a permitir al Fiscal culminar la investigación preliminar conforme a la norma procesal y solicitar las medidas coercitivas correspondientes.

El artículo 337 inciso 3 del CPP, faculta al Fiscal exigir informaciones de cualquier particular o funcionario público y de igual modo realizar los apercibimientos correspondientes para que se dé cumplimiento a lo solicitado, lo cual se ejecuta mediante reiterados oficios; sin embargo, las empresas de telefonía hacen caso omiso y no entregan la información requerida, incluso no dan respuesta a los mismos, pese a que estos contienen la frase de aplicarse los apercibimientos de ley correspondiente, por ello es que debe establecerse de manera expresa que el apercibimiento a aplicarse para la persona encargada sería el ser denunciado por el delito de Desobediencia a la Autoridad, previsto y sancionado en el artículo 368 del CP.

Asimismo, de acuerdo con el artículo 105 inciso 5 del CP las medidas aplicables para las

personas jurídicas como forma de sanción penal sería la multa, la cual es razonable en el tema en mención, toda vez que las empresas de telefonía van a entregar la información solicitada en el plazo de noventa días, ya que no desearían incurrir en la imposición de una multa no menor de 5UIT ante el incumplimiento de obedecer el mandato judicial, toda vez que causarían su perjuicio económico.

## PROPUESTA

Teniendo en cuenta la realidad concreta sobre la excesiva demora en la entrega de la información solicitada por el fiscal a las empresas concesionarias de telefonía en diversas investigaciones por la comisión de los delitos de feminicidio y sicariato en los distritos de Ate y Santa Anita, los cuales concluyen en su mayoría de casos con un archivo definitivo, dejando en impunidad a los autores de la muerte de las víctimas y que no se ha establecido un plazo concreto en la norma para su entrega y tampoco se ha precisado cuales serían las sanciones a imponerse ante el incumplimiento del mandato judicial; se propone la modificación del inciso 4) del artículo 230° del CPP.

Ante lo expuesto se hace urgente y necesaria la modificatoria del inciso 4 del artículo 230 de CPP y establecer de manera expresa y como plazo máximo, 90 días naturales para la entrega de la información y de igual modo el apercibimiento de que el encargado o servidor designado sea denunciado por el delito de *desobediencia a la autoridad* previsto en el artículo 368 del CP ante el incumplimiento de este plazo y se imponga a la empresa de telefonía, una pena accesoria de multa de 5 UIT conforme a lo establecido en el artículo 105 inciso 5 y 105-A inciso 4 del CP, a fin de que la información sea entregada en el plazo establecido, no se cause grave perjuicio a la investigación preliminar y se logre identificar a los autores o partícipes de la comisión del delito.

En tal sentido, el inciso 4) artículo 230° del CPP tendría el texto siguiente:

Artículo 230° inciso 4): “Los concesionarios de servicios públicos de telecomunicaciones deben facilitar, en el plazo de 90 días naturales como máximo, la identificación de los titulares de la línea, geolocalización de teléfonos móviles y la diligencia de intervención, grabación o registro de las comunicaciones que haya sido dispuesta mediante resolución judicial, en tiempo real y en forma ininterrumpida, las 24 horas de los 365 días del año, bajo apercibimiento de que el servidor designado sea denunciado por el delito

de Desobediencia a la Autoridad y además se imponga a la empresa concesionaria de telefonía la pena de multa de 5 UIT conforme a lo establecido en el artículo 105 inciso 5 y 105-A inciso 4 del CP, en caso de incumplimiento (...).”

Con la propuesta de esta modificación al artículo 230 del CPP, se pretende establecer un plazo máximo descrito que resulta suficiente, para que las empresas de telefonía cumplan con el mandato judicial requerido por el Ministerio Público, lo que va a permitir: i) identificar al autor y partícipes de la comisión del delito, y ii) recabar elementos de convicción suficientes que permita sostener la incriminación en su contra y lograr la sentencia condenatoria en la etapa del juicio oral; pero si la empresa de telecomunicaciones, no da respuesta, ignora el pedido realizado o remite con excesiva demora la información solicitada sin justificación alguna, se procederá a ejecutar las sanciones correspondientes que se han indicado, las cuales serán solicitadas por el fiscal mediante requerimiento debidamente motivado ante el Juzgado de Investigación Preparatoria.

## CONCLUSIONES

El levantamiento del secreto de las comunicaciones que permite al Fiscal conocer las llamadas, mensajes de texto o *WhatsApp*, conversaciones mediante *Facebook* puntos de ubicación y geolocalización entre otros, que mantuvo la víctima con el autor material del delito, antes de que se ejecute su muerte y también las causas o motivos por las que se realizó esta, debe someterse al trámite procesal y reunir los presupuestos del artículo 230 del CPP, para obtener el mandato judicial correspondiente, con la finalidad de solicitar dicha información a las empresas de telefonía.

Si bien, las empresas telefónicas sostienen que afrontan una gran carga de pedidos a nivel nacional sobre la información de diferentes números telefónicos, los cuales no pueden ser atendidos de manera inmediata por falta de equipos técnicos y de personal; esto no puede ser una justificación suficiente para que se remita la información con excesiva demora que sobrepasa los plazos procesales en las investigaciones con delitos graves, generando impunidad, por cuanto el fiscal tiene como única alternativa archivar preliminarmente el caso ante la falta de información que permita la identificación del autor y partícipes de la comisión del delito.

Con el fin de lograr una correcta investigación, obtener la identificación del autor o autores del hecho criminal y los elementos de convicción suficientes que permitan lograr una sentencia condenatoria; resulta necesario modificar el inciso 4) del artículo 230 del CPP, con el fin de establecer el plazo máximo de 90 días naturales para la entrega de la información y de igual modo precisar que el apercibimiento a aplicar en caso de incumplimiento sería que el funcionario a cargo sea procesado por el delito de *desobediencia a la autoridad* previsto en el artículo 368 del CP y además se imponga a la empresa de telefonía, en calidad de tercero responsable una pena accesoria una multa de 5UIT conforme a lo establecido en los artículos 105 inciso 5 y 105-A inciso 4 del CP, con el fin de que la información solicitada, sea entregada en el plazo establecido y no se cause grave perjuicio a las investigaciones.

En la realidad, al verificar los informes de las empresas telefónicas que llegan al despacho fiscal, se tiene como sustento que la demora en la entrega de los mismos se debe a la falta de personal y de equipos tecnológicos adecuados para la extracción de manera rápida de la información de la base de datos, por ello y debido a que a la fecha no se ha regulado una ley especial sobre telecomunicaciones, es que se propone la implementación de equipos tecnológicos o programas software para la extracción inmediata de la información de la base de datos, con la finalidad de que se obtenga en menos tiempo la identificación del autor o autores del hecho y los puntos de geolocalización de las llamadas, para dictar las medidas de coerción personal (detención preliminar, prisión preventiva, comparecencia con restricciones) hasta concluir las investigaciones y poder lograr una sentencia condenatoria en su contra.

Las empresas de telefonía deberán crear un software que permita obtener la información requerida de la base de datos en el menor tiempo posible, para el caso del levantamiento del secreto de las comunicaciones, a fin de no generar las demoras o excesivos retrasos que se vienen presentando.

## FUENTES DE INFORMACIÓN

Arbulú Martínez, V. (2014) *La Investigación Preparatoria en el Nuevo Proceso Penal*. Primera Edición.

Abad Yupanqui, S. (2012). *Revistas PUCP*. Obtenido de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/2852>



- Alberto Carbone, C. (2005). Grabaciones, escuchas telefónicas y filmaciones como medios de prueba. Argentina: Culzoni.
- Arana, W. (2014) Manual de Derecho Procesal Penal para operadores jurídicos del nuevo sistema procesal penal acusatorio garantista. Gaceta Jurídica S.A. Lima.
- Asencio, J. (2011). La Intervención de las Comunicaciones y la prueba ilícita. Obtenido de [https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a\\_20110507\\_02.pdf](https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20110507_02.pdf)
- Blancas G. Medidas a seguir para el levantamiento del secreto de las comunicaciones y telecomunicaciones (arts 230 y 231 del NCPP). Revista del Departamento Académico de Ciencias Económicas y Empresariales. Obtenido de: file:///C:/Users/FN/Downloads/248-Texto%20del%20art%C3%ADculo-509-1-10-20161121%20(3).pdf
- Bocanegra, B. (2015). La confirmatoria judicial en el NCPP de 2004, a propósito de la casación N° 136-2013-TACNA, Obtenido de: <https://ius360.com/articulos-de-estudiantes/laconfirmatoria-judicial-en-el-ncpp-de-2004-proposito-de-la-casacion-n-136-2013-tacna/>
- Calderón, Á. & Cholán, J. (2005). Manual del Derecho Penal. Editora Grijley E.I.R.L.
- Castillo, L. (2004). El Principio de Proporcionalidad en el Ordenamiento Jurídico Peruano. Trujillo, Normas Legales.
- Díaz, J. (2014). El Derecho Fundamental al Secreto de las Comunicaciones. Pág.159.
- Obtenido de: file:///C:/Users/FN/Downloads/DialnetElDerechoFundamentalAlSecretoDeLasComunicaciones-5085108.pdf
- Fernández-Espinar, G. (1993). El Levantamiento Del Secreto De Las Comunicaciones Telefónicas En El Marco de las diligencias de investigación y aseguramiento en el proceso penal. Obtenido de <https://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal>
- Nakasaki, C. (2013). Secreto e Inviolabilidad de Comunicación y Documentos Privados en La Constitución Comentada, Tomo I, Gaceta Jurídica. pág.209.
- Sánchez Velarde, P. (2020) El Proceso Penal. Primera Edición. Editora Grijley E.I.R.L.
- San Martín, C. (2015), Derecho Procesal Penal Editorial Grijley.
- Pariona Pastrana, J. (2017) Doctrina Jurisprudencial. Selección de la Jurisprudencia Vinculante y de las Sentencias más trascendentes de las Salas Penales Permanente, Transitoria y Especial de la Corte Suprema de Justicia (2014 – 2016). Editorial Nomos & Theis EIRL.
- Roxin, C. (2001). Derecho Penal Parte General Tomo I. Madrid: Civitas S.A.
- Ministerio Público (2018-2022). Observatorio de la Criminalidad. Recuperado de: <https://observatorioviolencia.pe/mpfn/> y <https://www.mpfm.gob.pe/observatorio/> el 02 de junio del 2022.
- Muñoz, M. (2010). La Intervención Judicial de las Comunicaciones Telefónicas y Electrónicas, en Investigación y Prueba en el Proceso Penal, cit., p. 139.
- Tribunal Constitucional. Sentencia N° 1313/2005, 17 de marzo de 2005.
- Tribunal Constitucional. Sentencia, 2235/2004, 18 de febrero de 2005.
- Corte Suprema de Justicia. Casación N° 136-2013, 11 de junio de 2014.

# LA REAL UTILIDAD DEL IMPEDIMENTO LEGAL DE APLICAR LA TERMINACIÓN ANTICIPADA EN ETAPA INTERMEDIA

## THE REAL USEFULNESS OF THE LEGAL IMPEDIMENT TO APPLY EARLY TERMINATION IN THE INTERMEDIATE STAGE

Jessica Shirley Camacho Peves

ORCID:0000-0002-7973-9646

Magistrada de la Corte Superior de Justicia de Lima del Poder Judicial  
jeshir1217@gmail.com  
Perú

DOI: 10.24265/voxjuris.2023.v41n2.07

Recibido: 4 de junio de 2022.

Aceptado: 17 de enero de 2023.

### SUMARIO

- Introducción.
- El *proceso especial de terminación anticipada*.
- Solución de conflictos en el proceso penal y aplicación de terminación anticipada en etapa intermedia.
- Consecuencias de la aplicación de la terminación anticipada en etapa intermedia
- Conclusiones.
- Fuente de información.

### RESUMEN

En este artículo la autora examina la *Terminación anticipada* y analiza el impedimento de su aplicación una vez que se efectuó la acusación fiscal en el proceso penal, prevista en el numeral 1) del artículo 468°, tema que ha sido materia de pronunciamiento por la Corte Suprema a través del Acuerdo Plenario N° 05-2009-CJ/116, siendo el objetivo identificar los beneficios existentes en su aplicación; así como las desventajas de su impedimento no sólo para los justiciables, sino también en la solución de conflictos en la etapa de la *Investigación preparatoria* y, en la *Etapa intermedia*, concluyendo en que su aplicación es más beneficiosa para el proceso penal, puesto que las razones que justifican su impedimento, no resultan proporcionales y coherentes con los fines del proceso penal.

### PALABRAS CLAVES

Proceso especial de terminación anticipada, acusación fiscal, etapa intermedia.

### ABSTRACT

In this article, the author examines the Early Termination and analyzes the impediment of its application once the fiscal accusation was made in the criminal process, provided for in numeral 1) of article 468, an issue that has been the subject of pronouncement by the Court. Supreme through Plenary Agreement No. 06-2011-CJ/116, the objective being to identify the existing benefits in its application; as well as the disadvantages of its impediment not only for the defendants, but also in the resolution of conflicts in the stage of the Preparatory Investigation and, in the Intermediate stage, concluding that its application is more beneficial for the criminal process, since the reasons that justify his impediment, are not proportional and consistent with the purposes of the criminal process.

### KEYWORDS

Special process of Early Termination, Fiscal accusation, intermediate stage.

### INTRODUCCIÓN

La *terminación anticipada* es un proceso especial regulado en el Código Procesal Penal, cuya oportunidad de aplicación se encuentra supeditada a que el Ministerio Público no presente su requerimiento acusatorio; en caso lo hiciese, ya no es posible pretender una justicia penal negociada; siendo inviable su tramitación y procedencia. No obstante, existen jueces, en algunos distritos judiciales que, no sólo la aplican en etapa intermedia; sino que promueven su aplicación en la audiencia de control de acusación, esto es, posterior a la presentación del requerimiento acusatorio. Es así como, la

autora reflexiona sobre la verdadera utilidad de su aplicación en etapa intermedia; así como, el sustento jurídico para aceptar su uso; más aún si, muchos jueces se vienen apartando no sólo del acuerdo plenario vinculante en esta materia, sino del propio texto normativo, realizando interpretaciones extensivas para lograr su aplicación; dada la predisposición de las partes de concluir la controversia y no acudir a un juicio oral.

Siendo que la *Terminación anticipada*, resulta ser un instituto procesal que según la Comisión Especial de Implementación del Código Procesal Penal (CEICPP, 2014) en el Protocolo de Terminación Anticipada del Proceso lo define como:

Un proceso especial y mecanismo de solución del conflicto penal que permite la culminación del proceso de manera anticipada, privilegiando el principio de consenso, y permitiendo a su vez- que el imputado sea beneficiado con una reducción de pena, siempre y cuando reconozca y acepte su responsabilidad penal respecto a los hechos investigados. El fundamento de la Terminación Anticipada se cimienta en la necesidad de lograr una justicia rápida y eficaz, siendo una expresión destacada de la justicia penal negociada.

Es en este marco, encontrar similitudes y diferencias con otras formas de solución de conflictos aplicadas en etapa intermedia, permitirá evidenciar si los impedimentos para su aplicación tienen suficiente sustento. Así pues, este artículo tiene por objetivo analizar si la interpretación actual resulta restrictiva y contraria a los fines del proceso penal; examina si contribuye o no en otorgarle agilidad y fluidez, así como, si permite que los jueces de *Investigación preparatoria* realicen de manera adecuada el filtro de las causas que ameritan ser remitidas al Juzgado Unipersonal o Colegiado, para llevar a cabo un juicio oral; siendo así, resulta de vital importancia identificar cuáles son los beneficios y desventajas de impedir aplicar el acuerdo de terminación anticipada tras la emisión de la acusación fiscal, y analizar algunas interpretaciones esbozadas en torno al tema en algunas resoluciones judiciales de la Corte Superior de Justicia de La Libertad y Lima, a modo de muestra; lo que contribuirá a encontrar razones suficientes para realizar un nuevo análisis a la institución procesal de *Terminación anticipada* en etapa intermedia.

En el primer capítulo abordaremos el tratamiento normativo del proceso especial de terminación anticipada en el Código Procesal Penal de 2004, en el que evidenciaremos la

limitación de su aplicación después de emitido el requerimiento de acusación fiscal; así como, el pronunciamiento jurisprudencial y doctrinario al respecto.

En el segundo capítulo destacaremos las formas de solución de conflictos existentes en el proceso penal; así como, la posibilidad de aplicar salidas alternativas al proceso en etapa intermedia, como es el criterio de oportunidad; y el impedimento de aplicar en etapa intermedia la terminación anticipada, examinaremos las razones dadas por la Corte Suprema para impedir su aplicación en dicha etapa.

En el capítulo tercero pondremos de relieve los efectos negativos y positivos del proceso de terminación anticipada en la etapa intermedia; específicamente después de formulado el requerimiento acusatorio; que permitirá evidenciar la vulneración de algunos principios procesales, cuando se impide su aplicación; así como, cuan beneficioso sería si se cambia de perspectiva.

Finalmente, arribaremos a la conclusión que la doctrina jurisprudencial requiere reevalúe las condiciones de aplicación de la terminación anticipada y los efectos advertidos; ello a fin de contribuir con los principios de economía procesal y evitación de dilación innecesaria de procesos; dado que los beneficios son mayores que los perjuicios; toda vez que, mantener la tesis de considerar de inaplicación del proceso de terminación anticipada en la etapa intermedia, solo genera dilaciones innecesarias, burocracia y los resultados en términos procesales resultan menos ventajosos para la administración de justicia.

## EL PROCESO ESPECIAL DE TERMINACIÓN ANTICIPADA

### Naturaleza jurídica y regulación normativa

El Código Procesal Penal no ha definido la naturaleza jurídica del proceso de *Terminación anticipada*; sin embargo, la doctrina y la propia jurisprudencia si lo ha efectuado; es así que la Corte Suprema de Justicia precisa lo siguiente:

La terminación anticipada es un proceso penal especial; y, además, una forma de simplificación procesal, que se sustenta en el principio del consenso. Es, además, uno de los exponentes de la justicia penal negociada (...) (...) se erige en un proceso penal autónomo, no es una mera incidencia o un proceso auxiliar dependiente

de aquel. (...). (Acuerdo Plenario N° 05-2009-CJ/116, Fundamento 6).

Como exponente de la justicia penal negociada señalan Correa y Reyes (citados en Oliver, 2019) “se caracteriza por la celebración de acuerdos entre el imputado y el persecutor, en cuya virtud aquel renuncia a la posibilidad de intervenir en juicio oral, a cambio de lo cual obtiene beneficios procesales o penales, todo a sujeto de control judicial”

En esa línea, el Código Procesal Penal, en el artículo 468°, numeral 1) señala que:

[...] los procesos podrán terminar anticipadamente, ...a iniciativa del fiscal o del imputado, el Juez de la investigación preparatoria dispondrá, una vez expedida la disposición fiscal del artículo 336 y hasta antes de formularse la acusación fiscal, pero una sola vez, la celebración de una audiencia de terminación anticipada, de carácter privada [...].

### Tratamiento legal y jurisprudencial

La Corte Suprema de Justicia señala que el proceso de terminación anticipada no guarda correspondencia con el proceso común. Es un proceso especial sujeto a sus propias reglas de iniciación y con una estructura singular, con etapas propias y actuaciones singulares no equiparables con el proceso común, basado en el principio estructural de contradicción y no en el de consenso que informa al primero (Acuerdo Plenario 5- 2009/CJ-116, fundamento 17).

Siendo así, la oportunidad de postulación es después de formalizada la investigación preparatoria y hasta antes de la formulación del requerimiento acusatorio (etapa intermedia), esto es, paralelo al proceso común, es así pues, en caso no sea aprobado el acuerdo planteado ante el juez, la declaración dada se tendrá como inexistente y no podrá ser utilizado en su contra. Enmarcando así, las características de este proceso especial, que al tener su propia estructura y está sometida a diversas pautas, no puede ser aplicado en etapa intermedia; señalándose como sustento que,

[...] El primero tiene como eje el principio del consenso y una de sus funciones es la de servir a la celeridad procesal, mientras que la segunda tiene como elemento nuclear el principio de contradicción y el cuestionamiento -en la medida de lo posible y como alternativa más fuerte de la potestad de control de la legalidad de que está investido el órgano jurisdiccional- de que está investido el órgano jurisdiccional- de la pretensión punitiva del Ministerio Público [...].

## SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN EL PROCESO PENAL Y APLICACIÓN DE TERMINACIÓN ANTICIPADA EN ETAPA INTERMEDIA

### Formas de resolución de conflictos en el proceso penal

Según la *Guía para el uso de salidas alternativas y mecanismos de simplificación procesal* de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito – UNODOC considera las siguientes, dos modalidades:

a. *Salidas alternativas*: En sentido estricto, es un mecanismo alternativo de solución al fondo del conflicto penal, distinta a la persecución tradicional de juicio y pena.

*Principio de oportunidad*: Según el *Reglamento de aplicación del principio de oportunidad y acuerdo reparatoria* emitido por la Fiscalía de la Nación de 2018, en su primer párrafo del artículo 4, lo ha conceptualizado como:

El Principio de Oportunidad es un instrumento legal que faculta al Fiscal a que discrecionalmente, en los casos previstos en la norma y con el consentimiento del imputado, pueda abstenerse de ejercitar la acción penal, ello sin perjuicio de procurar satisfacer íntegramente los intereses del agraviado, cuando corresponda.

*Acuerdo reparatorio*: Según el *Reglamento de aplicación del principio de oportunidad y acuerdo reparatoria* emitido por la Fiscalía de la Nación de 2018, en el segundo párrafo del artículo 4, señala: “El Acuerdo Reparatorio es una herramienta procesal donde el Fiscal de Oficio, o a pedido del imputado o de la Víctima propongan un acuerdo y convienen, el Fiscal se abstendrá de ejercitar la acción penal”

b. *Mecanismos de simplificación procesal*: Permiten abreviar etapas en el trámite del proceso penal e inclusive en algunos de estos, la obtención de una sentencia anticipada, respetando los estándares mínimos del debido proceso; entre los cuáles se encuentra:

- *Acusación directa*: La Corte Suprema de Justicia señala que “la acusación directa forma parte del proceso común y es un mecanismo de aceleración del proceso que busca evitar trámites innecesarios (...) y faculta a fiscal formular directamente acusación, si concluidas

las diligencias preliminares o recibido al Informe policial” (Acuerdo Plenario 6-2010/CJ-116, fundamento 6).

- *Terminación anticipada*: El Código Procesal Penal, en su artículo 468, numerales 4) y 5) señala: “El proceso de terminación anticipada importa la aceptación de responsabilidad por parte del imputado respecto del hecho punible objeto del proceso penal y la posibilidad de negociación acerca de las circunstancias del hecho punible, la pena, la reparación civil y las consecuencias accesorias.”
- *Conclusión anticipada de juicio*: También llamada “Conformidad premiada” es un mecanismo de simplificación procesal que tiene por objeto la pronta culminación del proceso -en concreto, del juicio oral- a través de un acto unilateral del imputado (acusado), quien previa consulta con su abogado defensor, reconoce los hechos objeto de imputación concretados en la acusación fiscal, y acepta las consecuencias jurídicas penales y civiles correspondientes, con lo cual el Juez declara la conclusión del juicio (Acuerdo Plenario 5- 2008/CJ-116, fundamento 8).
- *Colaboración eficaz*: El Decreto supremo N° 007-2017-JUS, artículo 1) define a la *Colaboración eficaz* como que: “es un proceso especial autónomo, no contradictorio, basado en el principio del consenso entre las partes y la justicia penal negociada, que tiene por finalidad perseguir eficazmente la delincuencia.”

### **Aplicación del criterio de oportunidad en etapa intermedia**

Al respecto la Corte Suprema ha indicado:

El objeto del principio de oportunidad, entonces, es aquel que busca, en clave material, la dispensa de pena o una respuesta distinta de la reacción punitiva propia del sistema de sanciones del Código Penal, y, como tal, según nuestras normas procesales, sólo puede estar destinada a la aplicación de los supuestos o criterios contemplados en el artículo 2° NCPP (Acuerdo Plenario 5- 2009/CJ-116, fundamento 18).

Así, el Código procesal penal prevé de manera taxativa, la aplicación del criterio de oportunidad en etapa intermedia, es así que, en el literal e) del numeral 1) del artículo 350°, señala: “Instar la aplicación, si fuere el caso, de un criterio de oportunidad”; entendida ésta como Principio

de oportunidad que se desarrolla en etapa preliminar (en Despacho fiscal) e investigación preparatoria (ante el Juez) como “principio de oportunidad”; sometido a las reglas previstas en el artículo 2 del Código Procesal penal; siendo así, el delito conminado con una sanción superior a cuatro años o que sea cometido por funcionario público, no se encuentra dentro de las posibilidades de su aplicación.

Ahora bien, el criterio de oportunidad, por su naturaleza, de ser una salida alternativa al proceso penal, no prevé la generación antecedentes penales ante su aplicación; sino un sobreseimiento o archivo definitivo siempre y cuando cumpla con los acuerdos a los que se arriben en materia de reparación civil; pues no tiene previsto la imposición de una pena, es decir, importa el resarcimiento del daño ante el hecho ilícito cometido; y a decir de Angulo (2004), en los criterios de oportunidad, existe un relajamiento de los principios de indisponibilidad, de obligatoriedad, de indivisibilidad, de necesidad y de irrevocabilidad, por razones de política criminal; que no ocurre en una sentencia condenatoria anticipada, cuyos principios procesales penales son observados rigurosamente para validarla.

Siendo así, tenemos que hasta la etapa intermedia, es posible que el imputado que ha cometido un delito de mínima envergadura, pueda verse beneficiado con una salida alternativa del proceso, que lo lleva incluso a la no imposición de una pena; siendo así, la aplicación de un mecanismo de simplificación procesal en dicha etapa, bien podría ser aplicado sin afectación alguna al proceso, pues de lo que se trata es volver más eficaz el proceso penal, que consiga una verdadera descarga procesal; y con el impedimento materia de análisis, los efectos son contrarios.

### **La aplicación de la terminación anticipada en etapa intermedia**

Al respecto se tiene que, la Corte Suprema de Justicia ha indicado que:

El proceso de terminación anticipada no guarda correspondencia con el proceso común. Es un proceso especial sujeto a sus propias reglas de iniciación y con una estructura singular –etapas propias y actuaciones singulares no equiparables con el proceso común, basado en el principio estructural de contradicción y no en el de consenso que informa al primero-. Además, el proceso de terminación anticipada se insta después de

expedida la Disposición de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria y hasta antes de formularse la acusación fiscal (artículo 468°.1 NCPP) y la audiencia especial y privada está sometida a determinadas pautas y ritos, muy distintos a los que rigen la audiencia de control de la acusación. (Acuerdo Plenario 5-2009/CJ-116, fundamento 17)

Conforme es de verse, considera a esta forma de solución de conflictos, de simplificación procesal, un proceso autónomo, con un trámite distinto al proceso común, y desde esa perspectiva, inaplicable en etapa intermedia; al considerar que desnaturaliza la regulación propia y naturaleza del proceso común y porque de aplicarse en dicha etapa, tergiversaría la función de acortar plazos procesales, evitando las etapas procesales comunes, pues sería la razón de ser de la aplicación de dicho instituto procesal. Siendo así, la Corte Suprema, establece como doctrina legal vinculante los principios establecidos en el citado Acuerdo plenario; impidiendo su aplicación en etapa intermedia.

Pese a las características propias de esta institución procesal, en la Corte Superior de la Libertad, el magistrado Giammpol Taboada Pilco, en su calidad de Juez del Tercer Juzgado Penal de Investigación Preparatoria de Trujillo, en un intervalo de tiempo entre los años 2009 al 2011 aproximadamente, ha venido emitiendo sendos pronunciamientos judiciales en dicha materia; apartándose de la doctrina legal sentada por la Corte Suprema, bajo argumentos que tienen sustento jurídico; es así que ha indicado:

No existe ningún obstáculo legal para que los sujetos procesales puedan incoar el proceso especial de terminación anticipada, por el periodo comprendido entre la expedición de la disposición de formalización de investigación preparatoria hasta la formulación (escrita y oral) del requerimiento de acusación en la audiencia preliminar, como lo prevé el artículo 468.1° del CPP. Los requerimientos -entre ellos el de acusación- en términos generales constituyen sólo pedidos que el fiscal dirige al juez instando un pronunciamiento sobre un determinado acto procesal, como así se entiende del artículo 122.4° del CPP. No es la formulación escrita del requerimiento de acusación, lo que hace precluir la posibilidad de incoar la terminación anticipada, sino en rigor, cuando el fiscal formula oralmente aquella acusación escrita en la audiencia preliminar, promovándose el debate y la expedición de diversas decisiones judiciales sobre el control de la acusación a efectos de la realización de un juicio saneado. En otras palabras, desde la formalización de investigación

preparatoria y hasta la instalación e inicio de la audiencia preliminar de acusación, las partes podrían instar por última vez una terminación anticipada, pues en estricto, el fiscal no habría formulado completamente la acusación en su fase oral, operando en la práctica que el debate originario de control de acusación sea sustituido por el debate del acuerdo de terminación anticipada. Este nuevo escenario discursivo (de acusación a terminación anticipada), generaría a su vez dos alternativas excluyentes: si el juez aprueba el acuerdo de terminación anticipada, el proceso concluiría con la expedición de un sentencia condenatoria, deviniendo en innecesario el debate de la acusación por sustracción de la materia; por el contrario, si el juez desaprueba el acuerdo de terminación anticipada, el proceso continuaría, deviniendo en obligatorio el debate sobre el control formal y sustancial de la acusación de cara a su transición a la etapa final del juicio, en cuyo caso, las partes todavía tendrían habilitado el procedimiento consensual de la conclusión anticipada reconocida en el artículo 372.2° del CPP, desarrollada en extenso en el Acuerdo Plenario N° 5-2008/CJ-116 de fecha dieciocho de julio del dos mil ocho. (Exp. N° 3356-2011-43, Fundamento 1.7)

En igual sentido, actualmente, en la Corte Superior de justicia de Lima, con la entrada en vigor del Código Procesal Penal, el 15 de junio del año 2021, algunos magistrados coinciden con esta misma posición, apartándose de la doctrina legal emitida por la Corte Suprema, es así que, convocan a audiencia de control de acusación, promoviendo en los considerandos de la resolución, la posibilidad de arribar a una terminación anticipada hasta antes de instalada la referida audiencia.

## **CONSECUENCIAS DE APLICACIÓN DE LA TERMINACIÓN ANTICIPADA EN ETAPA INTERMEDIA**

### **Utilidad de la *Terminación anticipada* en etapa intermedia**

Para poder establecer su utilidad en la etapa intermedia del proceso penal debemos tener en cuenta que tanto las salidas alternativas como los mecanismos de simplificación procesal, tienen las siguientes características conforme lo señala la Guía para el uso de salidas alternativas y mecanismos de simplificación procesal de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito – UNODOC:

- c. *Mínima repercusión social.*- Teniendo en cuenta este criterio, es posible solucionar el conflicto, sin el uso formal del proceso

penal o simplificando las etapas del proceso común.

- d. *Simplificación de la solución.*- Se sustenta en la existencia de una causa con elementos de convicción suficientes, donde la solución rápida al conflicto penal por las partes, es aceptada socialmente.
- e. *Racionalización de la persecución penal.*- Obedece a la insuficiencia de recursos por parte del Estado, para perseguir todos los casos denunciados.
- f. *Diseño de política criminal.*- El Estado no puede desconocer el éxito obtenido en otros países respecto al uso de salidas alternativas y mecanismos de simplificación procesal.
- g. *Uso racional del plazo.*- Se sustenta en que el plazo razonable, resulta ser equivalente al plazo funcional o necesario para superar el conflicto penal.
- h. *Respeto al debido proceso.*- Siendo importante preservar el equilibrio eficacia-garantías, al reducirse las garantías del imputado ante la asunción de culpabilidad, su control resulta necesario.
- i. *Economía procesal.*- Uso adecuado de los recursos en la persecución penal, conforme a la necesidad e importancia del caso.

Conforme es de verse, estas características propias de las salidas alternativas del proceso y los mecanismos de simplificación procesal tienen la misma finalidad, esto es, esto es, el acortamiento de las etapas del proceso; es así como, incluso en etapa intermedia, se habilita la posibilidad de evitar una condena aplicando un criterio de oportunidad; y si bien no se considera a esta salida alternativa como un proceso autónomo, que parece ser la limitante que advierte la Corte Suprema para señalar que no permite su aplicación en etapa intermedia; así como, considerar que, al tener su trámite propio no compatibiliza con la etapa intermedia, cuya finalidad es realizar el filtro de la acusación fiscal y del sobreseimiento. Así tenemos que Sánchez (citado en Príncipe, 2009) señala sobre la etapa intermedia: “En resumen, la etapa intermedia es una fase de “apreciación y análisis” para decidir cuál será el devenir de la causa en juzgamiento, sometiéndose toda actividad que haya sido realizada durante la investigación preparatoria a “controles necesarios de legalidad y pertinencia”.

En ese orden de ideas, como lo explicaba Príncipe (2009) sobre la etapa intermedia, al considerar la ausencia de la misma o su violación, acarrearían la desaparición de los estándares garantistas de un modelo procesal ajustado a la Constitución, generando el relajamiento del proceso y la reforma procesal sencillamente colapse.

No obstante, quienes impulsan la posibilidad de aplicar la *Terminación anticipada* en etapa intermedia, discrepan de dicha postura, es el caso del Magistrado Giammpol Taboada Pilco (2011), quien considera que:

Esta afirmación tan evidente, consistente en que el trámite de una audiencia de terminación anticipada es diferente al de una audiencia preliminar, no implica *per se* la exclusión de la celebración de la primera en la segunda, sino simplemente que a partir de su reconocimiento como distintos en su procedimiento, se proceda al debate por separado de ambas pretensiones, comenzando primero con la terminación anticipada basado en el consenso, para continuar ante la inviabilidad del mismo, con el control formal y sustancial de la acusación basado en la contradicción. Esto es tan sencillo de entender que en la práctica simplemente implica cerrar la puerta de la sala de audiencias por el carácter reservado de la terminación anticipada; para luego abrirla por el carácter público del dictado de la sentencia condenatoria anticipada, o, del auto desaprobatorio que inmediatamente de lugar al control de la acusación. (Exp. N° 3356-2011-43, Fundamento 1.8)

### Efectos negativos y positivos

Resulta importante, identificar cuáles son los efectos negativos del impedimento de aplicar la terminación anticipada en etapa intermedia; es así que, podemos verificar que no otorga oportunidad a los acusados a terminar el proceso penal con anticipación dentro de la segunda etapa del proceso penal, lo que vulnera el acceso a las normas de atenuación de pena; también se afecta a principios procesales como la celeridad procesal, al pretender que se culmine, innecesariamente, la etapa intermedia del proceso penal, para lograr nuevamente tener oportunidad a la aplicación de atenuación de una pena en el juicio oral; vulnerando así también, el principio de consenso procesal, entendido como la facultad entre el titular de la acción y el acusado para negociar términos de imputación, de pena y reparación civil, en cualquier etapa del proceso penal; pues si es posible, incluso en etapa de juicio oral hacerse merecedor a beneficios premiales, cuanto más en una etapa

previa, como lo es la etapa intermedia; no resultando lógica su impedimento, más aún, si el Código que inspira normativamente el nuestro, si permite dicha aplicación.

Sostiene el Magistrado Taboada Pilco (2011) que:

Resulta un contrasentido que se impida aplicar la terminación anticipada en etapa intermedia; pues de no existir controversia, sino más bien coincidencia y consenso sobre el hecho punible y las consecuencias civiles y/o penales derivadas del mismo en las etapas de preparación del juicio, nada obsta la incoación de diversos mecanismos consensuales para evitarlo, como principio de oportunidad (acuerdo sobre la reparación civil) y la terminación anticipada (acuerdo sobre la pena y la reparación civil), los cuales no solo deben ser permitidos, sino incluso promovidos por el juez de investigación preparatoria por favorecer la recomposición del conflicto jurídico-penal en forma oportuna y eficiente; contrario sensu, quedaría habilitado y justificado el juicio para la dilucidación de una controversia persistente entre las partes sea sobre el hecho punible o sus consecuencias.

Lo que guarda relación con la baja incidencia de conclusión de los conflictos en etapas previas al juicio oral, conforme se tiene del balance efectuado por la comisión especial de implementación del Código procesal penal<sup>1</sup> jurídico penales con la implementación del Código Procesal Penal en el Perú, del que si bien en comparación del Código de Procedimientos Penales es mayor; sin embargo, no podría decirse que el cambio ha generado cambios sustanciales al respecto.

Adicionalmente a lo antes indicado, la Corte Suprema al impedir la aplicación de la terminación anticipada en etapa intermedia, entra en contradicción, con el reconocimiento efectuado de fuente de inspiración normativa directa de nuestro Código Procesal Penal, en el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica, pues este si permite su aplicación. En la misma línea, el Código procesal chileno que tiene semejanza sustancial con la estructura del proceso y con diversas normas de nuestro proceso penal.

Cabe acotar, que cuando los jueces impiden la aplicación de la terminación anticipada en etapa intermedia, tácitamente, obligan al imputado a

solicitar una conclusión anticipada de juicio, al momento de instalarla; y con el perjuicio que trae, el someterse a un beneficio premial con menos porcentaje de reducción de pena; y si bien la diferencia parece insignificante, no es menos cierto, que cobra relevancia penal cuando hay que decidir si la pena será suspendida o efectiva al momento de ejecutarse; y obviamente, que al arribar al acuerdo en juicio oral, la pena será mayor que la hubiera obtenido de haber arribado a dicho acuerdo antes de pasar al juicio oral, lo que indirectamente afecta los derechos del imputado a beneficiarse con una reducción de mayor de pena; lo que se traduce, en una sanción, al no haber arribado al acuerdo en etapa de investigación preparatoria, bajo el pretexto del respeto de una formalidad preestablecida.

De otro lado, no podemos perder de vista, la función vital del Juez de Investigación preparatoria en etapa intermedia, a decir de Sánchez (citado en Príncipe, 2009) “la etapa intermedia es una fase de “apreciación y análisis” para decidir cuál será el devenir de la causa en juzgamiento, sometiéndose toda actividad que haya sido realizada durante la investigación preparatoria a “controles necesarios de legalidad y pertinencia”; es así que, si de ello depende para proseguir una causa, el juez al evidenciar la existencia de consenso para arribar a una terminación anticipada, nos preguntamos, ¿debe simplemente rechazar la propuesta? O conforme a sus atribuciones, de preparar la causa para un posible enjuiciamiento, debe analizar la pretensión, y aplicar principios procesales y constitucionales, que no sólo permitan darle mayor fluidez al proceso penal, sino a la preservación de derechos de las partes; del imputado por un lado, de acceder una justicia penal negociada previa al juicio con mayor porcentaje de beneficio de reducción de pena; y del otro lado, al agraviado, de ver concluido el proceso y resarcida su pretensión civil prontamente; es que el juez de investigación preparatoria priorizando las formalizadas establecidas en la norma procesal, debe permitir que la causa prospere, para obligar al acusado a arribar a otro mecanismo de simplificación procesal, en juicio oral, debido a ello. Considero que no, pues si bien, en la etapa intermedia, se lleva a cabo la audiencia de control de acusación, realizándose un saneamiento procesal, en cumplimiento de la garantía de igualdad de armas y consagración del principio acusatorio, tanto más, podría servir como una última oportunidad para evitar un juicio oral, entre partes que no existe

1 De acuerdo con el Sistema de Gestión Fiscal, del acumulado de casos para el periodo 2006-2019 se pueden mencionar, entre otros, los siguientes resultados: - En el 10.8% de casos concluidos se utilizaron salidas alternativas (principio de oportunidad y acuerdos reparatorios) y mecanismos de simplificación procesal (terminación anticipada).



controversia; sino consenso sobre hechos, pena y reparación civil.

En ese orden de ideas, el impedimento sostenido por la Corte Suprema, en el Acuerdo plenario N° 05-2009-CJ/116, resulta menos eficaz para el proceso penal; tras quince años de su puesta en vigencia en nuestro país; por lo que, resultaría importante que efectuará un nuevo análisis al respecto, en el que pudiera sustentar porqué el juez de garantías que efectúa el control de la etapa intermedia y se asegura de que sólo las causas probables sean remitidas para un juicio oral, no pueda acoger un pedido en consenso; que sólo genera carga procesal y con ello gasto de recursos al Estado.

## CONCLUSIONES

El proceso especial de terminación anticipada aplicado en etapa intermedia resultaría más coherente con nuestra fuente de inspiración normativa, el Derecho Procesal Penal Modelo para Iberoamérica; que impedir su aplicación basado en formalidades que sacrifican principios procesales de economía procesal, proporcionalidad, de consenso y otros.

El impedir la terminación anticipada en etapa intermedia, trae consigo el incumplimiento del principio de economía procesal, porque se extienden las etapas del proceso de manera innecesaria, generando costos procesales, como recarga procesal.

También se afecta el principio de proporcionalidad al momento de dosificar la pena a imponer al condenado, al impedir acogerse a un beneficio premial mayor al que corresponde en una conclusión anticipada de juicio, en dicha etapa, lo que también genera afectación indirecta al principio de lesividad.

Así también, atenta contra el principio de consenso el impedir, en etapa intermedia, que el investigado pueda acogerse al beneficio premial del sexto de reducción; pues lo obliga a esperar hasta el juicio oral, a acogerse al séptimo de reducción de pena en conclusión anticipada de proceso.

De otro, lado si bien, la Corte Suprema, a través del Acuerdo Plenario N° 05-2009/CIJ-116, establece doctrina jurisprudencial sobre los principios del proceso penal que se verían afectados, si se aplica la terminación anticipada en etapa intermedia; no obstante, considero importante, se realice una reflexión más profunda, considerando los efectos positivos

y negativos advertidos, tras los 15 años de vigencia del Código Procesal Penal en el Perú; y darle mayor dinamismo al proceso.

Podemos también concluir que, se limita la labor de control del Juez de Investigación Preparatoria de efectuar un real control de la acusación en la etapa intermedia; pues pese a evidenciar que la causa debe concluir por consenso, se ve en la obligación de continuar con efectuar con un control de acusación que a todas luces, resulta innecesario y en el que no existe oposición.

Ahora bien, flexibilizado este aspecto, cuya rigidez estaba basado en el respeto de la formalidad del proceso de terminación anticipada; no sólo se reduciría la carga procesal, que incide directamente en el principio de economía procesal, sino también, evitación de que en algunos distrito judiciales la apliquen sin tener en cuenta el citado Acuerdo plenario.

Finalmente, los efectos negativos advertidos ante el impedimento de aplicar la terminación anticipada en etapa intermedia por la Corte Suprema, trae consigo la inevitable crisis del servicio, deslegitimación y sobrecarga en el trabajo; en ese contexto, resulta indispensable, realizar una ponderación que permita hacer más flexible el proceso penal; pues si sacrificamos garantía procesal en lugar de eficacia; tendremos despachos judiciales con carga procesal atrasada, desvirtuándose así el modelo procesal penal.

Resulta una necesidad imperiosa que, la Corte Suprema, reexamine los fundamentos dictados para impedir la aplicación de la terminación anticipada, sopesando que los beneficios que produce son mayores que los perjuicios que ocasiona; si del balance efectuado en algunos distritos judiciales, tras la entrada en vigencia del Código Procesal Penal, es de gran preocupación, ante el incremento de la carga procesal.

## FUENTES DE INFORMACIÓN

Belletich, E. (2014). La justicia penal negociada ha entrado con fuerza en Europa y América latina. <https://www.udep.edu.pe/hoy/2014/11/negociacion-nuevo-proceso-penal-derecho-udep/>

Comisión Especial de Implementación del Código Procesal penal. *Reforma Procesal penal: Balance, Desafíos y temas actuales a los 15 años de su implementación en el Perú*. 14-15.

Comisión Especial de Implementación del Código Procesal Penal (2014) - Protocolo

de Terminación anticipada del proceso. Obtenido de: <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/decreto-supremo-que-aprueba-el-reglamento-del-decreto-legisl-decreto-supremo-n-007-2017-jus-1503314-6/>

Oliver Calderón, G. (2029). Reflexiones sobre los mecanismos de justicia penal neociada en Chile. *Revista Chilena de Derecho*. Volumen (46). 451-453.

Poma Via y Rada, G. (2020) ¿Es la terminación anticipada del proceso aplicable en la etapa intermedia del proceso penal? *Revista IUS 360*.

Príncipe Trujillo, H. (2009) La etapa intermedia en el proceso penal peruano: su importancia en el Código Procesal Penal de 2004 y su novedosa incidencia en el Código de Procedimientos Penales (CdePP) *La reforma del derecho penal y del derecho procesal en el Perú*. Anuario de Derecho Penal 2009. 236-254.

Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria de Trujillo (2011) Exp. N° 3356-2011-43

DERECHO PESQUERO

# **EL APOORTE DE LA TECNOLOGÍA DIGITAL PARA MEJORAR LA GESTIÓN DE ESPACIOS MARINOS Y LOS RECURSOS PESQUEROS**

## ***THE CONTRIBUTION OF DIGITAL TECHNOLOGY TO IMPROVING THE MANAGEMENT OF MARINE SPACES AND FISHERY RESOURCES***

Pedro Luis Zavala Yesan  
ORCID: 0000-0001-9188-294X  
Universidad de Piura  
pyesang@hotmail.com  
Perú

DOI: 10.24265/voxxuris.2023.v41n2.08

Recibido: 25 de noviembre de 2022.

Aceptado: 20 de enero de 2023.

### **SUMARIO**

- Introducción.
- El aporte de la tecnología digital para la mejor gestión de espacios marinos y los recursos pesqueros.
- La trazabilidad como garantía para asegurar la seguridad alimentaria y la sostenibilidad pesquera.
- Conclusiones.
- Fuentes de información.

### **RESUMEN**

Existen dificultades para el manejo eficiente del océano y el aprovechamiento sostenible de los recursos en él, especialmente los recursos pesqueros. Esto genera pérdida de diversidad biológica y destrucción de ecosistemas. En la última década, la tecnología digital ha desarrollado herramientas para mejorar el aprovechamiento de recursos naturales y la gestión ambiental. La investigación busca demostrar la necesidad de regular las herramientas digitales en los marcos normativos internacionales y nacionales para un mayor manejo de los recursos pesqueros. Para este fin, se revisan las experiencias de éxito en la implementación y uso de

tecnologías, así como bibliografía sobre la temática para demostrar que las herramientas digitales son instrumentos que pueden mejorar esta gestión, siendo necesaria su regulación.

### **PALABRAS CLAVE:**

Recursos naturales, pesquerías, tecnología, regulación.

### **ABSTRACT**

There are difficulties for the efficient management of the ocean and the sustainable use of ocean resources, especially fishery resources. This leads to loss of biological diversity and destruction of ecosystems. In the last decade, digital technology has developed tools to improve the use of natural resources and environmental management. This research seeks to demonstrate the need to regulate digital tools in international and national regulatory frameworks to improve the management of fishery resources. To this end, I will review successful experiences in the implementation and use of technologies, as well as literature on the subject. To demonstrate that digital tools are instruments that can improve this management, being necessary their regulation.

## KEYWORDS:

Natural resources, fisheries, technology, regulation.

## Lista de Acrónimos

AIS	Automatic Identification System - Sistema de Identificación Automática
CEPAL	Comisión Económica para América Latina y el Caribe
CI	Conservación Internacional
EJF	Environmental Justice Foundation
EUMOFA	European Market Observatory for Fisheries and Aquaculture Products - Observatorio Europeo del Mercado de Productos de la Pesca y la Acuicultura
FAO	Food and Agriculture Organization - Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura
GDST	Global Dialogue on Seafood Traceability
GFW	Global Fishing Watch
GPS	Global Positioning System - Sistema de Posicionamiento Global
ONG	Organización No Gubernamental
OROP	Organización Regional de Ordenación Pesquera
UE	Unión Europea
VMS	Vessel Monitoring System - Sistema de Monitoreo de Embarcaciones
WWF	World Wild Fund

## INTRODUCCIÓN

El 12 de julio de 2019, después de un trabajo conjunto entre la Organización Internacional de Policía Criminal o INTERPOL, los gobiernos de Indonesia, Reino Unido, Corea y Panamá, se logró la captura de la embarcación MV NIKA, gracias al sistema de monitoreo y navegación de la nave rastreado por el Global Fishing Watch. MV NIKA tenía sanciones por pesca ilegal de cangrejo y otras especies, y desde 2006 había cambiado siete veces de nombre y siete veces de bandera para eludir sanciones y seguir operando. En su interior se encontraron especies de aguas profundas, así como corales, entre otras especies protegidas (Emmert, 2019, p.1).

Un sistema de georreferenciación satelital y procesamiento de big data permitió la captura de esta embarcación. La tecnología digital es aquella vinculada al uso de grandes datos o *big data* de sistemas informáticos como computadores que puedan ser usados en distintos aplicativos para diferentes utilidades. Estos son ampliamente usados en nuestra vida diaria y existen propuestas para su regulación en

la gestión de ecosistemas y recursos naturales. El caso de la embarcación MV NIKA generó mi interés al utilizar un sistema de innovación tecnológica digital que permitía ayudar en un control eficiente de pesca ilegal. Hay varias herramientas digitales que están ayudando a gestionar eficazmente los océanos y abrir nuevas oportunidades para su protección. Sin embargo, su implementación queda a voluntad de los Estados, siendo necesario, por ello, un marco normativo que garantice su uso, pues es evidente que existe una relación estrecha entre la tecnología, la cual es eficiente para mejorar en la gestión de ecosistemas y recursos naturales, y la fuerza de la norma que garantizará su efectiva implementación. Por ese motivo, se explora como los recientes acuerdos en materia ambiental ayudan en este cometido.

## EL APOORTE DE LA TECNOLOGÍA DIGITAL PARA LA MEJOR GESTIÓN DE ESPACIOS MARINOS Y LOS RECURSOS PESQUEROS

La tecnología digital permite generar, almacenar, transmitir y procesar información

en dimensiones espaciales y tempranos ofreciendo nuevos modos de aprendizaje y transmisión de conocimientos (CEPAL, 2013, p.5). Esta tecnología viene siendo usada para la gestión de diferentes actividades económicas y empresariales y, en los últimos años, se está utilizando como apoyo en el manejo de ecosistemas y recursos naturales. La normalización de su utilización se debe a los diferentes beneficios que aportan en la generación y procesamiento de información. Su aplicación en ecosistemas se ha trasladado, del mismo modo, a los océanos y como menciona Halpern: «la ordenación y conservación de los océanos del mundo requiere la síntesis de datos espaciales sobre la distribución e intensidad de las actividades humanas y la superposición de sus efectos en los ecosistemas marinos» (Halpern, 2015, p.30).

Durante muchos años, la generación de información, la gestión de ecosistemas y el manejo de recursos ha sido difícil por las grandes distancias en las que se realiza y por la complejidad técnica y logística que requiere. Esto ha ocasionado que exista un control casi exclusivo por parte de los Estados, quienes tienen la capacidad para generar y gestionar la información de estos espacios, haciendo que la información sea inaccesible para el público en general. El desarrollo de la tecnología digital permite transparentar la información y hacerla accesible a todos los ciudadanos. En este sentido, las tecnologías digitales democratizan la información, descentralizan el poder de los Estados sobre ella, teniendo el potencial para reestructurar las relaciones políticas y socioespaciales con nuevas responsabilidades, nuevos límites y actores que contribuyan a la gobernanza de los océanos (Toonen y Bush, 2020, p.134).

La mejora en la gestión de los océanos depende del desarrollo de distintas tecnologías que generen información para el manejo de estos ecosistemas, con funcionalidades para monitorear el océano con indicadores de temperatura, salinidad, batimetría entre otros. Esto permitirá tener una visión precisa sobre el desempeño de estos espacios y sus recursos. Muchas de estas tecnologías son propiedad de actores privados, quienes controlan esta información estableciendo nuevos esquemas de gobernanza donde ellos tienen mayor participación. Esto genera, como menciona Toonen, que los Estados tengan que negociar el acceso para poder contar con la información

que requieren y así poder ejercer el control y verificación de la información necesaria (Toonen y Bush, 2020, p.127). Esta pérdida del dominio de la información, Vandergeest y Pelusoe (1995) lo define como desterritorialización, esto es:

Un proceso de interacción entre objetos, el espacio, los sujetos y la experiencia en la definición de los flujos de información que ejercen influencia sobre los recursos y las actividades oceánicas. Los objetos de interés no solo incluyen los recursos biológicos que son objeto de la presión pesquera, sino también los objetos materiales relacionados con el proceso de producción (o afectados por él), como las artes de pesca, capturas accesorias, aves, tortugas, delfines o ecosistemas marinos más amplios (p.390).

Este fenómeno está generando nuevos esquemas de gobernanza en los océanos donde los actores privados juegan funciones importantes en la generación y difusión de la información. El aporte de la tecnología digital para las pesquerías consiste en:

1. Un mejor acceso a la información de la actividad,
2. Mayor participación por parte de los ciudadanos y cualquier interesado,
3. Transparenta en el ámbito nacional la actuación de los diferentes actores del ámbito nacional e internacional,
4. Genera una mayor fuente de conocimiento con estándares de calidad,
5. Con mejor información permite una mejor gestión del ecosistema marino y los recursos pesqueros.

### **Los sistemas de monitoreo satelital y su importancia en la lucha contra la pesca ilegal, no declarada y no reglamentada INDNR**

El monitoreo satelital es una de las principales herramientas para la lucha contra la pesca ilegal, no declarada y no reglamentada (INDNR). Los sistemas de monitoreo satelital han sido reconocidos por la normativa internacional como un instrumento contra la lucha de pesca INDNR, lo cual ha sido implementado en la normativa nacional de los Estado parte, y en los sistemas regionales por las Organizaciones Regionales de Ordenación Pesquera (OROP).

En este sentido, el monitoreo satelital tiene una naturaleza jurídica instrumental que ayuda en la lucha contra la pesca INDNR,

y probatoria en los procesos sancionadores y penales, contribuyendo con la ubicación de buques pesqueros. Conforme al Acuerdo sobre la aplicación de las disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (CNUDM), relativas a la conservación y ordenación de las poblaciones de peces transzonales y las poblaciones de peces altamente migratorios (Acuerdo relativo a la aplicación de la parte XI de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 10 de diciembre de 1982. 28 de julio de 1994), tiene un alcance global siendo fortalecido por el desarrollo de normativa nacional y regional sobre la materia. Los sistemas de monitoreo satelital permiten conocer la ubicación de los buques pesqueros en el océano, también permite conocer qué tipo de actividades está desarrollando, lo que es conveniente para saber si se encuentra en aguas jurisdiccionales de los Estados ribereños o en el Alta Mar. A partir de la velocidad de navegación se puede establecer un modelo y saber si se encuentra pescando o haciendo otras actividades como trasbordo, también permite conocer a qué Estado pertenece el pabellón y si es parte de alguna OROP.

### **Evolución y obligatoriedad de los sistemas de monitoreo de embarcaciones pesqueras para la lucha contra la pesca ilegal**

El Acuerdo sobre la aplicación de las disposiciones de la CNUDM relativas a la conservación y ordenación de las poblaciones de peces transzonales y las poblaciones de peces altamente migratorios, regula que los Estados: «Establecerán mecanismos de cooperación adecuados para realizar una labor eficaz de seguimiento, control, vigilancia y ejecución» (Art.10.h, Parte XI CNUDM). Esta responsabilidad se ve fortalecida con el Código Internacional de Conducta para la Pesca Responsable que exhortaba a los Estados a «aplicar medidas eficaces de seguimiento, control, vigilancia y medidas de aplicación de la ley, incluyendo, cuando sea apropiado, programas de observadores, planes de inspección y sistemas de seguimiento de buques» (Art. 7.7.3. FAO, 1995, p.16). lo que garantizaría un control adecuado de los buques pesqueros y las actividades que están desarrollando.

A partir de estos instrumentos jurídicos se desarrolló e implementó un sistema de registro de los buques pesqueros a través de dos tipos

de transmisores de ubicación para seguimiento satelital, que permite conocer simultáneamente la ubicación de los buques y con ello determinar su travesía de pesca. El primero es el sistema de identificación automática (AIS) y el segundo es el sistema de monitoreo de embarcaciones (VMS), siendo supervisados por el Comité de Expertos de las Naciones Unidas en *big data* y *data science* para estadísticas oficiales. El sistema VMS es un sistema de información privada, que se creó con el fin de controlar las pesquerías, que transmite información bidireccional con intervalos regulares, de rango de alcance global y es obligatorio dependiendo las normas del Estado del Pabellón. El sistema AIS es de datos abiertos al público, su finalidad original fue la seguridad en el mar, usa un sistema de transmisión continua con un rango satelital y es obligatorio para buques sobre las 300 toneladas (Dunn, Jablonicky, et al., 2017, p.723). Por estas diferencias, el sistema de VMS es el más utilizado para pesquerías en la jurisdicción nacional donde los datos que emiten suelen ser propiedad de los Estados a los que reportan dentro de las aguas nacionales.

El uso del sistema VMS es el más extendido, usando sistemas de posicionamiento global (GPS) por satélite y luego ingresando estos datos en sistemas de modelamiento y capas de información que permiten revisar el esfuerzo pesquero (Witt y Godley, 2007, p.3). Estos sistemas, si bien son instalados en los buques de pesca por el armador pesquero, transmiten la información generada al Estado del Pabellón. El Estado es quien supervisa y se hace titular de dicha información y determina entre otros, la ubicación de los buques de pesca, si se encuentran en zonas permitidas de pesca, les permite conocer quiénes pueden estar realizando o no pesca INDNR y es tomado como medios probatorios en procesos sancionadores y penales de ser el caso, siendo hasta hace poco la única fuente de información para los procesos de ordenamiento pesquero.

En este sentido, se ve que existe una obligación jurídica internacional para que los Estados garanticen el monitoreo, control y vigilancia pesquera, como una herramienta de sostenibilidad pesquera. Los Estados implementan en su normativa interna el desarrollo de instrumentos para el monitoreo satelital de buques que son implementados en cada una de las naves, donde es el Estado el único titular de la información.

## El Global Fishing Watch y los nuevos esquemas de transparencia en información pesquera

En el año de 2016 se creó el Global Fishing Watch (GFW), una organización privada internacional sin fines de lucro financiada por fundaciones privadas que ha desarrollado una tecnología de monitoreo satelital de buques en mapas virtuales. Esta plataforma permite la visualización en todo el mundo del desarrollo de la actividad pesquera a tiempo real en su plataforma digital. Esta tecnología fue desarrollada a partir de Skytruth<sup>1</sup>, una plataforma de monitoreo ambiental global que busca una mejor gestión de los ecosistemas. El sistema de monitoreo es didáctico y gratuito por lo que brinda fácil acceso a la información de cualquier ciudadano con datos detallados de las naves como: su nombre, su bandera, su ruta, entre otros.

El análisis de datos incluye capas de información como; el esfuerzo pesquero, las luces nocturnas, los encuentros (trasbordos en alta mar) y el seguimiento satelital VMS. El GFW elabora su información a partir del desarrollo de la actividad pesquera, mediante la construcción de la información a partir de un algoritmo basado en los cambios de velocidad y dirección de los buques (Global Fishing Watch GFW, 2021). Con la información que recaba, GFW la divulga a través de su plataforma virtual y la comparte a los Estados, con ello busca que los Estados fortalezcan sus capacidades para la sostenibilidad de la pesca.

GFW es una herramienta eficiente en la lucha contra la pesca INDNR, por ejemplo, en el trasbordo de pesca, que consiste en la transferencia de capturas entre barcos en el mar (Global Fishing Watch, 2021). En esta actividad hay mayor posibilidad de cometer acciones de pesca INDNR por realizarse en el mar donde hay menos controles por las autoridades lo que facilita la manipulación del sistema. El Organismo de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO) publicó el estudio *Trasbordo; una mirada más de cerca* (Mosteiro, et al., 2020) a partir de la información disponible en el portal Carrier Vessel Portal, un sistema que brinda datos sobre posibles trasbordos mediante la comparación de indicadores del sistema de identificación

automática de buques y el análisis de los posibles encuentros. FAO a partir de este estudio definió siete consideraciones relacionadas entre otros a la supervisión, el intercambio de información, el uso de tecnologías nuevas y existentes y trazabilidad. El estudio menciona que actualmente las medidas de las OROP y los Estados no son suficientes para un control eficiente. Las razones de ello son la falta de información y la necesidad de implementar sistemas de intercambio de datos e información entre las autoridades nacionales y las OROP que permita un mejor control y supervisión en el trasbordo (Mosteiro, et al., 2020)

Global Fishing Watch, brinda una serie de ventajas que impactan positivamente en los ecosistemas marinos y las pesquerías como; es de fácil y gratuito acceso a la información por cualquier persona en cualquier parte del mundo, esto fomenta una participación ciudadana activa, también al tener información precisa permite tomar mejores decisiones sobre los espacios marinos y recursos pesqueros fortaleciendo el sistema de ordenación pesquera y fortalece la gobernanza marina. Por estos motivos GFW ha hecho alianzas con instituciones públicas y privadas, así como organismos internacionales para lograr más transparencia en el sector y el desarrollo de políticas pesqueras sostenibles. Aunque es una herramienta que aporta positivamente en la lucha contra la pesca, INDNR a través del monitoreo de naves pesqueras, no hay un reconocimiento y adopción formal por parte de los Estados ni tampoco por las OROP, salvo algunos procedimientos como Islas Marshall, Belice, Brasil, Chile, Costa Rica, Ecuador, Panamá y Perú en América.

Uno de los países que tiene acuerdo con GFW es Indonesia que, buscando reducir la pesca INDNR en sus aguas jurisdiccionales, celebró el acuerdo con GFW para compartir información con el sistema de GFW. Resultado de ese acuerdo, Indonesia pasó en el ranking de pesca INDNR de ser el país número 15 en 2013 al número 85 en el año 2016 (Ramadhan y Dugis, 2018, p.355). Otro caso es el de Perú, durante el acuerdo en la Conferencia Internacional sobre los Océanos realizado por Naciones Unidas en junio de 2017, se comprometió a compartir los datos VMS de sus embarcaciones. Este acuerdo se ve reforzado ya que el Ministerio de la Producción de Perú anunció que a partir de octubre de 2017 se implementaría el acuerdo sobre *Medidas del Estado Rector de Puerto*

<sup>1</sup> Skytruth, es un sistema digital que procesa datos digitales para el monitoreo de ecosistemas, está abocado a investigación ambiental.



para la lucha contra la pesca INDNR, donde entre otros puntos la norma prevé fortalecer el trabajo con Global Fishing Watch, haciendo de esta herramienta digital parte del esquema normativo pesquero nacional, lo cual permite que la información obtenida del GFW pueda ser usada para mejorar la ordenación pesquera.

La libertad para acceso a la información establece nuevos esquemas para el monitoreo, seguimiento y control pesqueros, descentralizando el dominio del Estado y permitiendo participar a otros actores de relevancia como ciudadanos, organizaciones no gubernamentales, empresas, asociaciones, cooperativas entre otros. Esta descentralización de información generada por el GFW permite tener un «nuevo estándar de transparencia pesquera» (Toonen y Bush, 2020, p.132). Aún quedan pasos a seguir como que los diferentes Estados concedan la información VMS de los buques a las diferentes plataformas de monitoreo, lo que permitirá fortalecer el control y vigilancia pesquera. También en el ámbito internacional se necesita que las OROP puedan participar de estos procesos a fin de tener una mejor gobernanza en el ámbito marino y pesquero de alta mar, donde los actores privados juegan un papel importante.

La necesidad de mejorar los sistemas de transparencia en el sector pesquero ha hecho que organizaciones como Environmental Justice Foundation (EJF) propongan establecer un nuevo estándar de transparencia para el control satelital de buques pesqueros que consiste en; dar códigos únicos a los buques, hacer de acceso público el monitoreo y seguimiento de buques, publicar la lista de permisos y autorizaciones de pesca de los buques, así como las sanciones y delitos por buques pesqueros, prohibir el trasbordo entre buques en el mar salvo los que son monitoreados, detener la práctica de bandera de conveniencia, publicar los verdaderos armadores y beneficiarios del buque, sancionar a todos los vinculados con la pesca INDNR, adoptar medidas internacionales para establecer estándares claros para los buques pesqueros y el comercio de recursos pesqueros (Environmental Justice Foundation EJE, 2018, pp.7-29).

El marco normativo internacional tiene previsto el desarrollo e implementación de mecanismos para el seguimiento, control y vigilancia como una de las estrategias principales para la lucha contra la pesca INDNR, como una responsabilidad de los Estados, no habiendo previsto que sean actores privados quienes

puedan participar en la generación y gestión de esta información ni tampoco la categoría que podría tener esta información al momento de ser usada, quedando a discrecionalidad de los Estados el reconocimiento oficial de esta información y la pertinencia de su uso.

El Global Fishing Watch, por la utilidad que brinda, viene firmando acuerdos con países como Perú, pero aún es necesario un marco normativo internacional que permita su adopción formal por los Estados, las OROP y otras organizaciones internacionales. Como menciona la misma plataforma Global Fishing Watch:

El uso de nuevas tecnologías satelitales de forma aislada no proporciona una solución mágica para mejorar la regulación, el seguimiento y el control de las actividades de transbordo. Las técnicas mejoradas de aprendizaje automático y de inteligencia artificial están revolucionando la forma en que se puede combinar e interpretar los datos, lo que ha ayudado a cambiar la comprensión de lo que está sucediendo en el agua. Las características observadas a partir de las huellas de los barcos pueden traducirse cada vez con mayor precisión en comportamientos operativos como las actividades de pesca o transbordo. (GFW, 2021, p.21)

### **LA TRAZABILIDAD COMO GARANTÍA PARA ASEGURAR LA SEGURIDAD ALIMENTARIA Y LA SOSTENIBILIDAD PESQUERA**

El desarrollo de protocolos para asegurar la trazabilidad o rastreabilidad surge de la necesidad de tener sistemas que garanticen la seguridad alimentaria y sanitaria de los productos. Antes de que un alimento como un pescado llegue al consumidor final, pasa por una serie de eslabones en la cadena de suministro como: el pescador, el desembarcadero, el transportista, el comercializador, la planta de proceso primario, la planta de proceso industrial, al puesto de venta para llegar al consumidor final. Esta ruta puede ser mayor aún en el caso de productos de exportación, que incluyen buques refrigerados, procesadores en el mar, buques de trasbordo, entre otros, siendo difícil muchas veces garantizar el control de la cadena de suministro y poniendo en riesgo la seguridad alimentaria y es el ámbito donde menos control hay por lo que hay más posibilidades de infracción a las normas INDNR. En este sentido la trazabilidad requerirá un mayor uso de tecnologías para lograr la estandarización de la información y la incorporación de tecnologías integradas (Zanfrillo, 2021, p.1151).

La trazabilidad tiene una naturaleza instrumental para las normas del sector pesquero, pero en el ámbito comercial es un requisito de ley de muchos países para la importación de productos pesqueros por razones de seguridad alimentaria y sanitaria. No es obligatorio ni global su uso, pero por las prácticas comerciales y requisitos de los países desarrollados su uso cada vez es más extendido. Esta herramienta es considerada como una de las más importantes para la lucha contra la pesca ilegal por tener un efecto directo en la lucha contra la pesca INDNR.

La primera definición legal en el caso europeo es la contenida en el reglamento por el que se establecen los requisitos generales de la legislación alimentaria, se crea la Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria y se fijan procedimientos relativos a la seguridad alimentaria (Reglamento (CE) N° 178/2002, de 28 de enero de 2002), en el que se establecen los principios y requisitos generales de la legislación alimentaria, donde define la trazabilidad como:

[...] la posibilidad de encontrar y seguir el rastro, a través de todas las etapas de producción, transformación y distribución de un alimento, de un pienso, un animal destinado a la producción de alimentos o una sustancia destinados a ser incorporados en alimentos o piensos con probabilidad de serlo (Art. 3.15, Reglamento (CE) 178/2002, de 28 de enero de 2002).

Entre las instituciones que trabajan para mejorar la trazabilidad de los recursos pesqueros, destaca la iniciativa de Diálogo Global sobre Trazabilidad de Productos del Mar o Global Dialogue on Seafood Traceability (GDST). Esta es una plataforma que reúne a instituciones privadas a nivel global que trabajan en la mejora de la trazabilidad pesquera desde 2016. Ellos tienen un estándar voluntario en la industria pesquera y busca promover un marco unificado de trazabilidad de productos del mar que sea global, interoperable y verificable. El GDST identifica dos problemas en los sistemas de trazabilidad actuales:

- (i) Demandas inconsistentes de información de parte de gobiernos, ONGs, y hasta minoristas u otras empresas al final de la cadena de suministro están provocando confusión, costos de cumplimiento más altos y baja motivación entre productores.
- (ii) Sistemas digitales de gestión de información incompatibles, que son resultado de un número alto de soluciones de trazabilidad y proveedores de servicio descoordinados, impide el flujo de información mientras que causa rigidez en relaciones comerciales y crea obstáculos a la introducción de nuevos proveedores y clientes (Global Dialogue on Seafood Traceability GDST, 2020, pp.1-3).

La trazabilidad, como se ha visto, busca transparentar la cadena de suministro en este caso de los recursos pesqueros. En este sentido, un sistema de trazabilidad registrará desde el inicio de la cadena de valor: el buque pesquero, desembarque, transporte, proceso, entre otros, hasta el consumidor final. En cada eslabón de la cadena de valor se registrará datos como las personas que están realizando la actividad, las características técnicas con las que desarrolla la actividad, los plazos en los que se desarrolla, certificaciones y otras consideraciones técnicas. Entre la información relevante para establecer la trazabilidad están las características técnicas para el desarrollo de la pesca, que en este caso se refiere a información como el tipo de pesquería, los artes y aparejos utilizados, el aseguramiento de cumplimiento de la normativa nacional e internacional para determinada pesquería, entre otros. De este modo, el pescador para poder vender sus productos deberá acreditar el cumplimiento de los estándares mínimos técnicos y de aseguramiento normativo del producto.

### **La trazabilidad y el fortalecimiento del estado de comercio**

La trazabilidad permite rastrear el origen de las pesquerías desde el inicio de la cadena de suministro hasta el consumidor final. Un estudio global sobre fraude en productos del mar realizado por OCEANA durante los años 2010 y 2012, reveló que, en 674 puntos de venta y 21 Estados, el 33% de las muestras estaban mal etiquetadas (Warner, Timme et al. 2013, p.1). Esto sucedía en productos de venta en comercios, pero también en restaurantes, la sustitución de productos incluía a productos con advertencias sanitarias, especies sobreexplotadas o en peligro, vendidas como sostenibles. El problema del fraude en los productos pesqueros es que no solo afecta a la actividad pesquera, sino también a la economía del consumidor y pone en riesgo la salud de los consumidores lo que muestra la urgencia de establecer sistemas de trazabilidad completos y transparente a través de toda la cadena de suministro (Warner, Timme et al. 2013, p.1).

En este contexto, la trazabilidad es uno de los instrumentos más eficientes para combatir la pesca INDNR, al adoptar medidas que afectan directamente al mercado de la pesca ilegal. En este esquema el papel del Estado de comercio es muy importante, ya que es finalmente quien desembarca o importa los recursos pesqueros

y por ende quien paga por los productos, lo que le da la capacidad de poder decidir en las características y condiciones del producto que compra. El Estado de comercio puede aplicar medidas para limitar o impedir el ingreso de recursos pesqueros cuando estos no puedan garantizar la trazabilidad del recurso y que la captura cumpla con las medidas de ordenación pesquera (Urbina, 2017, p.4).

Las restricciones se pueden aplicar a buques pesqueros, empresas comercializadoras de pesca y Estados del pabellón que no hagan cumplir las medidas de conservación y ordenamiento pesquero. Como menciona el Prof. Fernández, las medidas, difícilmente podrán ser cuestionadas en un sistema de solución de diferencias de la OMC, dándoles una atribución «cuasi legisladora» (Bondía, et al. 2013, p. 339). Esta función también puede ser llevada a cabo con las OROP, ya que estas organizaciones cuentan con mecanismos de cooperación y sanción que permiten instaurar políticas de trazabilidad entre sus miembros. Además, las OROP pueden tener su propio estándar a partir del recurso pesquero objetivo, cadena de suministro o mercado. FAO ha resaltado la importancia del comercio sostenible como un requisito indispensable para lograr una ordenación pesquera responsable.

La Comisión Europea por su parte, exige a los exportadores, mediante el Reglamento 1005/2008, por el que se establece un sistema comunitario para prevenir, desalentar y eliminar la pesca ilegal, no declarada y no reglamentada (Reglamento (CE) N° 1005/2008, 29 de setiembre de 2008), la validación del Estado del Pabellón de donde proviene la pesca de comercio, esto incluye el manejo y prácticas de seguridad alimentaria de los productos, y, desde 2010 también exige el certificado de captura. Estos sistemas de certificaciones permiten tener una garantía formal por parte de un Estado que asegura la procedencia de la captura y comercialización conforme a los marcos normativos internacionales y nacionales existentes. La certificación permite tener información sobre el buque, la pesca, los artes y aparejos, entre otros, y a mejorar, por ende, el valor de los productos en el mercado. El reglamento establece que los «productos pesqueros comercializados en la UE deben estar debidamente etiquetados y ser totalmente trazables en todas las etapas de producción, procesamiento y distribución, desde la captura hasta la etapa de venta minorista» (Círculo de Políticas Ambientales, 2021, p.27).

El 30 de mayo, la Comisión Europea presentó una propuesta de modificación del Reglamento de control (Propuesta de Reglamento al control de la pesca COM/2018/368 final. EUR – LEX 2018/0193), en la que introduce conceptos como: 1. La localización electrónica de todos los buques pesqueros de la UE, 2. La notificación totalmente digital de las capturas, 3. Cuadernos diarios de pesca electrónicos, 4. Declaraciones de desembarque aplicables a todos los buques y, 5. El seguimiento de la pesca recreativa. El informe (Informe sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo al control de la pesca 10.2.2021 - (COM(2018)0368 – C8-0238/2018 – 2018/0193(COD)) de la propuesta fue aprobado y se informó al Parlamento Europeo en febrero de 2021 donde apoya la iniciativa en sus principales aspectos como:

1. La localización de todos los buques pesqueros,
2. La notificación de todas las capturas,
3. La mejora de la trazabilidad de los productos de la pesca y,
4. La armonización de las sanciones aplicables en la UE donde exige la creación de un registro europeo de infracciones.

Es importante mencionar las normas y acciones que se vienen desarrollando en la Unión Europea por ser uno de los importadores de pescado más importantes del mundo, quienes para asegurar su demanda interna importan el 60% de recursos pesqueros que significa 9.47 millones de toneladas de pesca (European Market Observatory for Fisheries and Aquaculture Products EUMOFA, 2021, p.30), convirtiéndolo en uno de los mayores compradores de pesca del mundo.

Dentro de las medidas de trazabilidad, está la prohibición de entrada de productos pesqueros a los Estados de Comercio y el sistema de certificaciones de productos pesqueros. La prohibición de acceso se dará a los productos hidrobiológicos de buques, empresas o Estados de pabellón que no cumplan con las medidas de conservación necesarias. Por ello los Estados, OROP y autoridades sanitarias pueden elaborar listas negras de productores a los que se les prohíbe el acceso a los mercados internacionales. Por otro lado, el sistema de certificaciones busca garantizar formalmente que un recurso pesquero ha sido capturado

cumpliendo las medidas de conservación y ordenación necesarias.

Aunque en muchos países se exige como requisito garantizar sistemas de trazabilidad para la importación de productos pesqueros, no es en todo el mundo, existiendo países donde no hay ningún tipo de control sobre los productos pesqueros. También existen casos donde habiendo implementado sistemas de trazabilidad, estos tienen deficiencias en el registro de información vulnerando el sistema. Por ello se están implementado diferentes tecnologías que sean aplicadas a fortalecer la cadena de suministro como es el caso de *blockchain*<sup>2</sup>.

### **Fortalecimiento de la trazabilidad con la tecnología de *blockchain***

La tecnología del *blockchain*, como su nombre menciona, se refiere a un sistema digital de cadena de bloques, en los cuales se anotan las sucesivas transacciones. Cada uno de estos bloques registra la información sobre la operación y es compartida con todos los usuarios que quieran consultar la información transparentando el sistema. Este sistema ha tenido diferentes etapas, en una primera versión desarrollo los criptoactivos, en una segunda etapa se refirió a los contratos y *smart contracts*, y la tercera versión es la más amplia y desarrolla una serie de aplicaciones en diferentes ámbitos como ciencias, salud, cultura, arte, entre otros (Gonzales-Camino, 2019).

Entre las características generales más importantes de esta tecnología, destaca:

1. La transparencia, los usuarios tienen acceso a toda la información contenida en el bloque y a las transacciones en él,
2. La irrevocabilidad, una vez realizada la transacción, esta no puede ser revertida, ya que es compartida por todos los usuarios,
3. La inmutabilidad, debido a que toda la información se comparte, cualquier cambio deberá ser validado por toda la red, haciendo que sea de difícil modificación.

Por las características antes descritas la información en el sistema es casi inalterable, que lo hace ideal para sistemas de trazabilidad buscando generar una identificación digital, conocer el origen, características y hacer seguimiento de los bienes y la cadena de custodia en general (Porxas y Conejero, 2018, p.31). En este sentido, FAO se ha referido a esta tecnología como una oportunidad para el desarrollo de pesquerías sostenibles con el suministro de información a sus consumidores sobre el proceso de cosecha, insumos utilizados, empaque, transporte y logística, garantizando la trazabilidad del producto, garantizando su calidad (FAO, 2018. p.170).

Por las mismas características de la tecnología, brinda una serie de ventajas como la capacidad de identificación de cada producto e insumo pudiendo registrarlo en diferentes etapas del proceso productivo, permite gestionar la información de manera segura unificando las bases de datos y optimiza los procesos productivos (Hernández, 2019, p.19). Esta tecnología también tiene una serie de problemas como; al ser un sistema digital, puede tener fallas, tiene un elevado gasto de energía, el llamado externalidad de la red, que a partir de la demanda en el mercado la necesidad de establecer acuerdo para el desarrollo de estas tecnologías y su aplicación, el uso de la privacidad para garantizar la transparencia (Subirana, 2018, pp. 58-60).

*Blockchain*, por su diseño de almacenamiento de información y su seguridad, ayuda a fortalecer los sistemas de trazabilidad, sin embargo, aún falta desarrollo en la tecnología y requiere estándares que permitan uniformizar la toma de información, la interoperabilidad y estándares, es donde sistemas de trazabilidad como los de GDST se hacen necesarios. Un sistema que viene utilizando los estándares de GDST con tecnología Blockchain aplicada a trazabilidad de recursos pesqueros es la plataforma TrazApp una aplicación creada por World Wild Fund WWF Perú para la trazabilidad de la pesquería del recurso perico y pota. Este sistema registra la cadena de suministro desde el pescador hasta el consumidor final con información como: áreas de pesca, especies objetivo, especies incidentales, desembarques, actores de la cadena de suministro, entre otros. Este sistema además genera la conformidad para el programa de monitoreo de importación de productos del mar de Estados Unidos.

<sup>2</sup> *Blockchain*, o cadena de bloques, es una tecnología digital que busca recoger y almacenar grandes bases de datos para que sean compartidos de manera descentralizada. Parte de la inscripción de la información la misma que es compartida con todos los usuarios del sistema, haciendo difícil su modificación o eliminación.

Como menciona Sulkowski los consumidores tienen una serie de preocupaciones como conocer el origen de los productos que consumen, el impacto en la salud y medio ambiente de los productos que compran, como es que los minoristas logran satisfacer estas necesidades de los consumidores, la optimización de las industrias eliminando la ineficacia y la degradación del medio ambiente. *Blockchain* puede ayudar a construir cadenas de suministro eficientes y respetuosas con el ambiente, que posibiliten disponer de información veraz permitiendo al consumidor disminuir la asimetría de información de los productos, esta tecnología ayuda en la comercialización de la pesca y la lucha contra la pesca INDNR (Sulkowski, 2019, p.9).

## CONCLUSIONES

La tecnología transparente la información de los espacios marinos y recursos pesqueros, permite construir información de línea base para las investigaciones y estudios, permite tener datos más precisos y de calidad para la toma de decisiones, en algunos casos permite hacer análisis prospectivos a futuro sobre la gestión de los recursos naturales. Es de acceso libre y gratuito lo que permite una mayor participación de los diferentes actores públicos y privados, permite tener un conocimiento a tiempo real y de manera global de lo que sucede en el mar, lo que se puede traducir en mejores decisiones basadas en ciencia que permitan una gestión sostenible del océano y sus recursos.

El monitoreo satelital está regulado como un instrumento para lucha contra la pesca INDNR. Sin embargo, la norma no establece los parámetros sobre cómo se debe implementar el monitoreo satelital, haciendo poco eficiente la herramienta. El GFW es una herramienta tecnológica que apoya al sistema de monitoreo satelital de buques pesqueros y está teniendo un impacto positivo en la lucha contra la pesca INDNR. Pero sin el marco jurídico correspondiente, las herramientas digitales como el GFW no son tomadas en cuenta, siendo potestad de los Estados su uso.

Al igual que el monitoreo satelital, la trazabilidad es considerada un instrumento eficiente para la lucha contra la pesca INDNR. Este instrumento busca registrar desde el inicio de la producción hasta el consumidor final las características de la cadena de suministro. En el caso de los recursos pesqueros busca el cumplimiento de requisitos sanitarios, de seguridad alimentaria

y cumplimiento normativo. La trazabilidad fortalece la posición del Estado de comercio, siempre que, al ser el comprador de los productos pesqueros, puede imponer condiciones y características que muestren sostenibilidad del recurso que se comercializa. Siendo que la trazabilidad registra en la cadena de suministro información de características y condiciones del producto, la tecnología de blockchain puede tener aplicaciones positivas en digitalizar este registro en cadenas para hacer más eficiente el sistema conforme reconoce FAO.

Por la dificultad técnica y logística que significa la gestión de los océanos y sus recursos naturales, la tecnología digital es un aliado importante en la generación, procesamiento y análisis de la información. La tecnología digital permite transparentar la información, hacerla accesible a cualquier persona, hacer a los usuarios partícipes de la gestión, lo que debería traducirse en sistemas de gobernanza fortalecidos que permitan un manejo sostenible.

## FUENTES DE INFORMACIÓN

Bondía, D., Cabrera, J., Campins, M., Fernández, X., García-Durán, P., Huici, L., Martínez, M., Millet, M., Ortega, M., Pérez, K., Pons, X., Saura, J., Soldevila, V., Torroja, H. (2013). *Alimentación y derecho internacional. Normas, instituciones y procesos*. 1st ed. Marcial Pons, ediciones jurídicas y sociales,

CEPAL (1993). La pesca en alta mar y los intereses de los estados ribereños de la región. Un análisis de la negociación futura a la luz de la equidad. Parte 1: De la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar a la convocatoria de las Conferencia de las Naciones Unidas sobre las Poblaciones Tranzonales y las Poblaciones de Peces Altamente Migratorias. <http://hdl.handle.net/11362/30214>

-Gonzales-Camino, A. (2019). *Blockchain: Aplicación a la pesca de atún*. Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales. Universidad Pontificia de Comillas.

Global Fishing Watch, la Red Internacional de Monitoreo, Control y Supervisión (MCS), The Pew Charitable Trusts y Trygg Mat Tracking (2021). *Regulación, seguimiento y controles mejorados de las actividades mundiales de transbordo, contribuciones desde el terreno*.

Dunn DC, Jablonicky C, Crespo GO, (2018) et al. *Empowering high seas governance*

with satellite vessel tracking data. *Fish Fish.* 2018;19:729–739. <https://doi.org/10.1111/faf.12285>

European Market Observatory for Fisheries and Aquaculture Products (2021). El mercado pesquero de la Unión Europea. doi: 10.2771/31308 KL-AP-21-001-ES-N

Hernández, I. (2019). *Tecnología Blockchain y regulación de la trazabilidad: la digitalización de la calidad y seguridad alimentarias*. Revista General de Derecho de los Sectores Regulados 4 (2019).

Hilde M. Toonen & Simon R. Bush (2020) *The digital frontiers of fisheries governance: fish attraction devices, drones and satellites*, *Journal of Environmental Policy & Planning*, 22:1, 125-137, DOI: 10.1080/1523908X.2018.1461084. <https://doi.org/10.1080/1523908X.2018.1461084>

Porxas, N., Conejero, M. (2018). *Tecnología Blockchain: Funcionamiento, aplicaciones y retos jurídicos relacionados*. Actualidad Jurídica Uría Menéndez. ISSN: 1578-956X / 48-2018 / 24-36

Subirana, C. (2018). *Como la tecnología blockchain transformara las cadenas de suministro*. Revista de Contabilidad y Dirección Universidad Pompeu Fabra. Vol. 27, año 2018, pp. 47-60.

Vandergeest, P., & Peluso, N. L. (1995). *Territorialization and state power in Thailand*. *Theory and Society*.

Zanfrillo, A. (2021). *Aporte de la trazabilidad al agregado de valor en el sector pesquero*. Universidad Tecnología Nacional Facultad Regional Mar del Plata. Repositorio Institucional.

### Fuente electrónicas

Círculo de Políticas Ambientales (2021). *Trazabilidad de la Pesca, la demanda global y la situación Argentina*. Proyecto Trazabilidad Pesquera. [www.trazabilidaddelapesca.org](http://www.trazabilidaddelapesca.org)

Environmental Justice Foundation (2018). *Out of the shadows, Improving transparency in global fisheries to stop illegal, unreported and unregulated fishing*. [www.ejfoundation.org](http://www.ejfoundation.org)

Emmert, S. (2019). *La captura del MV NIKA: un ejemplo de como combatir la pesca ilegal*. *Global Fishing Watch*. <https://globalfishingwatch.org/es/pescailegal/la-captura-del-mv-nika-un-ejemplo-de-como-combatir-la-pesca-ilegal/>

[org/es/pescailegal/la-captura-del-mv-nika-un-ejemplo-de-como-combatir-la-pesca-ilegal/](https://globalfishingwatch.org/es/pescailegal/la-captura-del-mv-nika-un-ejemplo-de-como-combatir-la-pesca-ilegal/)

FAO. (2018). El estado mundial de la pesca y la acuicultura de 2018. Cumplir los objetivos de desarrollo sostenible. Roma. Licencia: CC BY-NC-SA 3.0 IGO.

Global Dialogue on Seafood Traceability (2020). *Estándares y lineamientos para sistemas interoperables de trazabilidad de mariscos, versión 1.0*. <https://traceability-dialogue.org/wp-content/uploads/2022/03/GDST-1.1-Executive-Summary.pdf>

Halpern BS, Longo C, Lowndes JSS, Best BD, Frazier M, Katona SK, et al. (2015) *Patterns and Emerging Trends in Global Ocean Health*. *PLoS ONE* 10(3): e0117863. doi:10.1371/journal.pone.0117863.

Mosteiro Cabanelas, A. (ed.), Quelch, G.D., Von Kistowski, K., Young, M., Carrara, G., Rey Aneiros, A., Franquesa Artés, R., Ásmundsson, S., Kuemlangan, B. and Camilleri, M. 2020. *Transshipment: a closer look – An in-depth study in support of the development of international guidelines*. FAO Fisheries and Aquaculture Technical Paper No. 661. Rome, FAO. <https://doi.org/10.4060/cb2339en>

Ramadhan, P., Dugis, V. (2018). *Indonesia's decision to share data of vessel monitoring system with Global Fishing Watch*. Scitepress, science and technology publications. DOI: 10.5220/0010277103550362

Sulkowski, A. (2019). *Blockchain, Business Supply Chains, Sustainability, and Law: The Future of Governance, Legal Frameworks, and Lawyers?* *Delaware Journal of Corporate Law*, 43 (2), 303-345., SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3205452> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3205452>

Urbina, J. (2017). *La cooperación internacional en la aplicación de medidas comerciales para luchar contra la pesca ilegal, no declarada y no reglamentada*. Proyecto de investigación 'La reforma de la gobernanza pesquera internacional y europea. Retos para el sector pesquero español'. (DER2013- 45923-R). DOI: 10.17103/reei.33.04

Warner, K., Timme, W., Lowell, B., Hirshfield, M. (2013). *Oceana Study Reveals Fraud Nationwide*. OCEANA, <https://www.researchgate.net/publication/303241676>

Witt, M. J., & Godley, B. J. (2007). *A step towards seascape scale conservation: Using vessel monitoring systems (VMS) to map fishing activity*. PLoS ONE.

### **Normativa internacional**

Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar, hecho en Montego Bay, 10 de diciembre de 1982, United Nations Treaty Series UNTS vol. 1833 (p.3), 1834 (p.3), 1835 (p.3), [A/CONF.62/121 and Corr. 1 to 8. https://treaties.un.org/Pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=XXI-6&chapter=21&Temp=mtdsg3&clang=\\_en](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXI-6&chapter=21&Temp=mtdsg3&clang=_en)

### **Instrumentos jurídicos de la Unión Europea**

Reglamento (CE) N° 1005/2008 del Consejo de 29 de setiembre de 2008, por el que se establece un sistema comunitario para prevenir, desalentar y eliminar la pesca ilegal, no declarada y no

reglamentada, se modifican los Reglamentos (CEE) n° 2847/93, (CE) n° 1936/2001 y (CE) n° 601/2004, y se derogan los Reglamentos (CE) n° 1093/94 y (CE) n° 1447/1999. Diario Oficial de la Unión Europea L 286/1 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX%3A32008R1005>

Informe sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) n.º 1224/2009 del Consejo, y se modifican los Reglamentos (CE) n.º 768/2005, (CE) n.º 1967/2006 y (CE) n.º 1005/2008 del Consejo y el Reglamento (UE) 2016/1139 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta al control de la pesca (COM(2018)0368 – C8-0238/2018 – 2018/0193(COD)). Documento de Sesión del 10 de febrero de 2021. A9-0016/2021

DERECHO PENAL Y  
CRIMINOLOGÍA



# **POLÍTICA CRIMINAL EN MENORES INFRACTORES. PREVENCIÓN DE CONDUCTAS DELICTIVAS EN ESPAÑA TOMANDO COMO REFERENCIA LAS DIRECTRICES DE LAS NACIONES UNIDAS (DIRECTRICES DE RIAD)**

## **CRIMINAL POLICY IN MINOR INFRACTORS. PREVENTION OF CRIMINAL BEHAVIORS IN SPAIN TAKING AS A REFERENCE THE UNITED NATIONS GUIDELINES (RIAD GUIDELINES)**

Lourdes Mompeán Caballero  
ORCID: 0000-0002-8627-1527  
Universidad Católica San Antonio de Murcia  
lourdes5@hotmail.com

César Augusto Giner Alegría  
ORCID: 0000-0002-9743-7414  
Universidad Católica San Antonio de Murcia  
caginer@ucam.edu  
España

DOI: 10.24265/voxxuris.2023.v41n2.09

Recibido: 20 de octubre de 2022.

Aceptado: 8 de febrero de 2023.

### **SUMARIO**

- Introducción.
- Análisis de medidas preventivas educativas desde las directrices de RIAD.
- Análisis de medidas preventivas sociales desde las directrices de RIAD.
- Conclusiones.
- Fuentes de información.

### **RESUMEN**

Cada sociedad viene regida por una serie de normas y reglas que guían la forma de relacionarse y que permiten a los ciudadanos un sistema de protección, asegurando la vida en convivencia. La garantía de su cumplimiento supone la seguridad y estabilidad de la propia sociedad. Por su parte, el incumplimiento de este código normativo implica una serie de consecuencias jurídicas. En el caso de la delincuencia juvenil en España, la Ley Orgánica 5/2000, regula la responsabilidad penal de los menores, concretamente el periodo comprendido entre los 14 y 18 años, constituyendo un tratamiento específico para los adolescentes que cometen delitos. Sin embargo, es importante enfatizar el hecho de que un sistema preventivo y por tanto “previo al delito” será preferible a la corrección del acto delictivo, evitando, de esta forma el deterioro de la propia sociedad. Para ello es importante,

además de las consecuencias punitivas regidas por ley, establecer un sistema en red que abarque el ámbito social y educativo como elementos fundamentales para la prevención.

Partiendo de la idea de prevención como medida principal en el desarrollo del comportamiento de los adolescentes, se pretende valorar y proponer posibles alternativas y vías que mejoren la situación de estos jóvenes en riesgo, siguiendo las directrices marcadas por las Naciones Unidas sobre la prevención de la delincuencia juvenil, analizando la adaptación de las de las mismas en el marco socioeducativo español.

### **PALABRAS CLAVE**

Directrices de Riad, menores infractores, política criminal, prevención conductas delictivas.

### **ABSTRACT**

Each society is governed by a series of norms and rules that guide the way of relating and that allow citizens a protection system, ensuring life together. The guarantee of its fulfillment implies the security and stability of the company itself. On the other hand, the breach of this normative code implies a series of legal consequences. In the case of juvenile delinquency in Spain, Organic Law 5/2000 regulates the criminal responsibility of minors, specifically the period between 14 and 18 years, constituting a specific

treatment for adolescents who commit crimes. However, it is important to emphasize the fact that a preventive system and therefore “pre-crime” will be preferable to the correction of the criminal act, thus preventing the deterioration of the company itself. For this, it is important, in addition to the punitive consequences governed by law, to establish a network system that covers the social and educational field as fundamental elements for prevention.

Starting from the idea of prevention as a main measure in the development of adolescent behavior, it is intended to assess and propose possible alternatives and ways to improve the situation of these young people at risk, following the guidelines set by the United Nations on the prevention of juvenile delinquency, analyzing their adaptation in the Spanish socio-educational framework.

## KEYWORDS

Riad guidelines, juvenile offenders, criminal policy, prevention of criminal behavior.

## INTRODUCCIÓN

La delincuencia juvenil es un fenómeno global que marca el tipo de sociedad, esto supone el entendimiento bidireccional de la propia delincuencia como un hecho donde, aun siendo responsable el menor que comete un acto delictivo, es necesario asumir el compromiso de la propia sociedad a fin de prevenir estos hechos. Así, el alto riesgo que presentan determinados adolescentes, debido a situaciones socioeducativas inestables, pueden derivar en actos delictivos, lo que hace necesario actuaciones inmediatas y recursos que atenúen, cambien y mejoren la situación.

La conducta antisocial comprende una serie de comportamientos inadecuados mediante el incumplimiento de reglas y de las expectativas sociales, violando los derechos de los demás mediante acciones perjudiciales y lesivas (Kazdin y Buela-Casal, 2002, citado en Fernández y Gómez, 2006). En ocasiones la conducta antisocial implica cierta agresividad, sin embargo, no son términos equiparables. La conducta agresiva, ya sea física o verbal, sería un subtipo específico de la conducta antisocial (Antolín 2011, citado en Fernández y Gómez, 2006). Por otro lado, si consideramos las conductas antisociales dentro de los términos socio jurídicos, podríamos hablar de conductas delictivas, que implican delitos que son penales en el caso de cometerlos un adulto y, por otro lado, las conductas que realizadas por menores serían consideradas ilegales como puede ser el consumo de alcohol o

conducción de automóviles (Fernández y Gómez, 2006). Por tanto, el término de conducta antisocial implica un comportamiento que se caracteriza por incumplir las normas sociales o los derechos de los demás, que puede aparecer en la infancia y en la adolescencia y que englobaría desde las conductas problemáticas hasta las más graves, violentas o delictivas (Fernández y Gómez, 2006).

En cuanto al tratamiento penal de los delitos cometidos por adolescentes existe en la actualidad un debate social sobre beneficios y perjuicios de dar una respuesta punitiva a los adolescentes igual que a los adultos. Sin embargo, el interés de este artículo radica en la anticipación a ese planteamiento, abogando por la prevención del delito. Así, la prevención de posibles actos delictivos en menores debe partir de la prevención de los factores ambientales de riesgo que pueden desembocar en dichas conductas delictivas. Además, es importante conocer los factores que influyen en positivo, conocidos como factores protectores, que pueden impedir y bloquear el desarrollo de conductas delictivas, fomentando un desarrollo óptimo y adecuado mediante experiencias y actividades positivas. Así, sobre la base de pruebas científicas sólidas se ha mostrado cómo la intervención temprana es eficaz para prevenir una futura delincuencia juvenil mediante programas de formación de aptitudes, la educación y la estabilidad familiar (Welsh y Farrington, 2007).

Las directrices de Riad establecen un apartado sobre los procesos de socialización e integración de los niños como factores preventivos concretándolos en la familia, comunidad, grupo de iguales, educación y medios de comunicación. En los apartados siguientes, se establece la relación entre estas directrices y el sistema educativo español, concretando las medias que favorecen la integración social de los adolescentes. Así mismo, teniendo en cuenta la relevancia de la familia como primer núcleo social, se analizan los modelos principales ante situaciones de conflicto, la respuesta de servicios sociales especializados y su relación con las directrices de Riad.

## ANÁLISIS DE MEDIDAS PREVENTIVAS EDUCATIVAS

### Sistema educativo y centros de educación secundaria obligatoria

En el apartado de las directrices de Riad dedicado a la educación, establece como orientaciones que deben asumir los gobiernos

posibilitar la formación académica y profesional, fomentar el respeto y enseñar los valores fundamentales, respetar las opiniones y puntos de vista diversos, promover la participación de los jóvenes en el proceso educativo, así como proporcionar apoyo emocional positivo. Así, dentro de los factores ambientales, el contexto educativo sería uno de los principales condicionantes que va a influir en la conducta del menor, por lo que es conveniente el estudio de la situación actual de los centros de enseñanza y las respuestas educativas que ofrecen.

La madurez cognitiva se desarrolla a partir de los 12 años, correspondiéndose con la etapa de las operaciones formales de Piaget y coincidiendo con el inicio de la adolescencia. Es en este periodo cuando el adolescente cursa la Educación Secundaria Obligatoria (ESO), como marca la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa conocida como LOMCE. Esta enseñanza consta de cuatro cursos académicos que se realizan de forma ordinaria entre los 12 y los 16 años.

En los centros educativos, como en cualquier sistema social, son habituales los conflictos. Para proporcionar una respuesta adaptada a las necesidades de los adolescentes y prevenir posibles conductas inadecuadas, se dispone de una serie de medidas de mejora de la convivencia y atención a la diversidad. La educación en sí misma sería la primera medida de prevención de conductas antisociales, pues con ella se pretende proporcionar a los alumnos una formación plena. Siguiendo esta idea central, la LOMCE recoge en su preámbulo la siguiente afirmación:

La educación es el medio de transmitir y, al mismo tiempo, de renovar la cultura y el acervo de conocimientos y valores que la sustentan, de extraer las máximas posibilidades de sus fuentes de riqueza, de fomentar la convivencia democrática y el respeto a las diferencias individuales, de promover la solidaridad y evitar la discriminación, con el objetivo fundamental de lograr la necesaria cohesión social. (Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre).

Así mismo, con esta ley se establece el mandato del artículo 27.2 de la Constitución Española: “La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales”.

A fin de concretar las medidas establecidas en los centros educativos para prevenir y mejorar la convivencia, en epígrafes sucesivos se procederá al análisis de los recursos y programas existentes.

## **Programas y recursos de centro para la mejora de la convivencia e integración social**

### **Departamento de orientación**

Para asegurar una educación de calidad partiendo de los intereses y necesidades de los alumnos, los Institutos de Educación Secundaria cuentan con un Departamento de Orientación, que sería el encargado de la coordinación de todas las medidas de atención a la diversidad. Las funciones que le competen vienen recogidas en el artículo 42 del Real Decreto 83/1996 del Reglamento Orgánico de los Institutos de Educación Secundaria, que se sintetizan en contribuir al desarrollo de la orientación educativa y profesional, elaborar el plan de acción tutorial y realizar propuestas para las adaptaciones curriculares para los alumnos con necesidades educativas.

En relación con la prevención de la delincuencia juvenil resulta necesario nombrar dos figuras que desempeñarían labores directas en relación a la mejora y prevención de conductas en los adolescentes: el orientador y el profesor técnico de servicios a la comunidad. Entre las funciones del orientador estarían las de coordinar el plan de acción tutorial por medio de reuniones sistemáticas con tutores, asesorar individualmente a los alumnos y/o sus padres o tutores legales cuando se hayan detectado problemas que afecten a su proceso educativo y coordinarse con las instituciones educativas, sanitarias y sociales de la zona de influencia de cada instituto cuando las necesidades educativas que presente el alumnado así lo requieran. Resulta interesante destacar estas funciones por su vinculación con la prevención o actuación ante casos de problemas de conductas. Así, el plan de acción tutorial coordinado por el orientador desarrolla, entre otras, actividades relacionadas con la prevención y mejora de la convivencia del centro, como pueden ser el desarrollo de habilidades sociales, actividades de educación para la salud, de igualdad y educación emocional, entre otras. Para ello se establecen reuniones semanales de los tutores con el orientador donde, a partir de las necesidades detectadas de grupo, se proponen alternativa de actividades. En el caso de que las dificultades que presentara

un alumno en su proceso educativo estuvieran relacionadas con problemas de conducta, es el orientador quien toma partido en la resolución del mismo o en caso necesario derivarlo y coordinarse con posibles instituciones que se necesite de su intervención: sanitarias, sociales, etc.

Respecto al profesor técnico de servicios a la comunidad (PTSC) es importante señalar sus ámbitos de actuación por la relación ya que este perfil profesional trabaja de forma directa con alumnos y familias en riesgo de exclusión social. Los cuatro ámbitos donde desarrollan sus funciones son: *Ámbito de apoyo y colaboración en la acción tutorial*, *ámbito de trabajo interno del departamento y de relación con los alumnos/as*, *ámbito comunitario-institucional* y *el ámbito sociofamiliar*.

Las funciones para destacar que realiza en cada uno de estos ámbitos serían:

- *Ámbito de apoyo y colaboración en la acción tutorial*: planificar y desarrollar medidas necesarias para ajustar la respuesta educativa de los alumnos a sus necesidades y desarrollar programas de prevención y seguimiento de absentismo escolar.
- *Ámbito de trabajo interno del departamento y de relación con los alumnos*: Facilitar la acogida, integración y participación del alumnado en desventaja social, así como la continuidad de su proceso educativo y su transición a la vida adulta y laboral.
- *Ámbito comunitario-institucional*: Colaborar con los servicios externos en la detección de necesidades sociales de la zona y de las necesidades de escolarización del alumnado en desventaja, identificar los recursos educativos, culturales, sanitarios y sociales existentes en la zona y posibilitar el máximo aprovechamiento de los mismos por los alumnos, estableciendo vías de coordinación y colaboración que favorezcan la canalización institucional de los problemas que se planteen y establecer vías de acción comunes con los servicios sociales municipales para realizar seguimientos y actuaciones conjuntas.
- *En el ámbito sociofamiliar*: Actuar como mediador entre las familias del alumnado en desventaja y el profesorado, promoviendo en el instituto actuaciones de información, formación y orientación a las familias y participando en su desarrollo.

Como se puede apreciar, ambos profesionales, dadas las funciones que le competen, resultan de vital importancia para la atención y seguimiento de aquellos menores que presentan dificultades socioeducativas.

### **Plan de convivencia**

En el artículo 134 de la LOMCE sobre normas de organización, funcionamiento y convivencia dispone que los centros elaborarán un plan de convivencia con actividades para fomentar un buen clima, así como los derechos y deberes de los alumnos y las medidas correctoras y actuaciones para la resolución pacífica de conflictos. Este plan incluiría: actividades programadas para fomentar un buen clima de convivencia y las actuaciones a realizar por los miembros de la comunidad educativa, procedimientos preventivos y de resolución pacífica de conflictos, así como las normas de convivencia y conducta.

### **Programa de absentismo escolar**

La LOMCE establece en España la enseñanza obligatoria hasta los 16 años. Para poder cumplir la obligatoriedad de la enseñanza, cada comunidad autónoma concreta dicha normativa mediante programas para combatir el absentismo escolar considerado como conducta desviada. Además, el absentismo implica una carencia no sólo de formación si no de pertenencia a la propia sociedad, donde un absentismo prolongado en el tiempo favorecería la exclusión social y por tanto una mayor vulnerabilidad en el desarrollo y aumento de conductas desviadas.

Los destinatarios de este programa serían los alumnos que cursan las enseñanzas de segundo ciclo de educación infantil, primaria y secundaria obligatoria, siendo su finalidad prevenir y detectar el absentismo escolar favoreciendo la integración socioeducativa del alumnado.

### **Programas curriculares específicos**

Uno de los factores que influyen en los problemas de conducta y en el absentismo escolar sería la falta de motivación para el estudio, causado en ocasiones por un desfase curricular significativo. A su vez, un elevado absentismo aumenta el desfase existente dando lugar a un proceso cíclico de estos tres factores: desfase curricular, absentismo y desmotivación. A fin de dar respuesta a estas posibles situaciones

de riesgo, la LOMCE establece en el artículo 22 la regulación por parte de las administraciones educativas de medidas de atención a la diversidad, organizativas y curriculares, que permitan a los centros, en el ejercicio de su autonomía, una organización flexible de las enseñanzas mediante las adaptaciones del currículo, la integración de materias en ámbitos, los agrupamientos flexibles, los desdoblamientos de grupos, la oferta de materias optativas, programas de refuerzo y programas de tratamiento personalizado para el alumnado con necesidad específica de apoyo educativo.

### **Formación Profesional Básica (FPB)**

La finalidad de la FPB es la consecución del desempeño de una profesión y la obtención del título de la ESO mediante el desarrollo de competencias básicas y del aprendizaje de un campo profesional. La LOMCE regula en su artículo 34 las condiciones de acceso y admisión a este tipo de formación y se especifica que deberán ser alumnos con edades comprendidas entre 15 y 17 años y haber sido propuestos por el equipo docente.

### **ANÁLISIS DE MEDIDAS PREVENTIVAS SOCIALES DESDE LAS DIRECTRICES RIAD**

La etapa de la adolescencia viene marcada por un distanciamiento familiar manifestado principalmente a través de disputas y conflictos entre sus miembros. Sin embargo, no hay que olvidar que el núcleo familiar sigue siendo un factor determinante para el desarrollo de las personas. Existen numerosos estudios que demuestran cómo el contexto familiar ejerce también una gran influencia como desencadenante de conductas antisociales. Las investigaciones realizadas por Farrington (2006) confirman que la disciplina parental imprevisible o autoritaria, el abandono y las actitudes parentales duras o pasivas son predecibles de la delincuencia juvenil. Del mismo modo, Gallegos (2013) señala como factores familiares que influyen en la conducta antisocial del adolescente: la comunidad próxima al entorno familiar, el clima familiar, la crianza y los modelos de padres. La comunidad próxima ejercería influencia a través de los propios amigos del vecindario, por ejemplo, si el grupo se estructura en conductas antisociales como puede ser el consumo de sustancias psicoactivas. (Se recomienda los trabajos de David Farrington y la *Criminología del*

*desarrollo y del curso de vida*). Por su parte las interacciones familiares conflictivas generan ansiedad en el menor que pueden desembocar en una baja competencia social, por lo que, si el clima familiar no es el adecuado, incluso se dan situaciones de violencia, es probable que el adolescente ejerza papeles similares en su entorno social. Así mismo, un estilo de crianza basado en ataques verbales, humillaciones o castigo físico sería también un factor de riesgo importante, aunque también hay que advertir que una actitud pasiva, incoherente o irregular por parte de los padres puede propiciar el desarrollo de conductas desviadas.

Según Farrington (2006) la relación entre familias desestructuradas y delincuencia se concreta en tres tipos de teorías. Las teorías sobre el trauma parten de la idea de que la pérdida del padre tiene un efecto perjudicial en el menor, debido, fundamentalmente a su vinculación. Las teorías sobre el curso vital consideran la separación como sucesión de experiencias estresantes y en consecuencias de múltiples factores de estrés como pérdidas de los padres, conflictos o problemas económicos. Por último, las teorías sobre la selección sugieren que de las familias rotas surgen hijos delincuentes debido a los factores de riesgo como padres delincuentes, estrategias de educación deficientes o circunstancias económicas desfavorecidas.

A partir de estas teorías se realizó el estudio de Cambridge (Juby y Farrington, 2001) confirmando las hipótesis sugeridas, demostrando que los menores procedentes de hogares rotos resultaron ser más delincuentes que los de hogares intactos.

### **El clima familiar**

El clima familiar lo forma el ambiente percibido e interpretado por los miembros de la familia, ejerciendo influencia significativa tanto en la conducta como en el desarrollo social, físico, afectivo e intelectual de sus miembros (Moreno, Estévez, Murgui y Musitu, 2009). Esta definición parte del modelo de clima familiar de Moos (1974) en el que se determinan los ambientes como dimensiones observables de manera que el clima social en el que se desenvuelve la persona va a influir de manera significativa en su comportamiento (Tallón, Ferro, Gómez y López, 1999).

En la misma línea de Moos, las investigaciones realizadas por Rodríguez y Torrente (2003)

sobre interacción familiar y conducta antisocial muestran como la cohesión, es decir, los lazos emocionales fuertes de los miembros de la familia favorecen la adaptación social, principalmente por la transmisión de valores y normas de padres a hijos. Por tanto, como afirma Gómez (2008) los principales factores de riesgo estarían determinados por un clima familiar donde existe una falta de comunicación y escasa relación afectiva y donde los conflictos familiares, las discusiones agresivas, el consumo de drogas por parte de los padres, aumentarán las posibilidades de que estas mismas conductas de riesgo se repitan en los adolescentes (Muñoz-Rivas y Graña, 2001).

Se puede concluir, por tanto, que una cohesión familiar fuerte de los adolescentes les separaría de posibles conductas antisociales. Sin embargo, en una interacción familiar conflictiva, ya sea entre padres o padres e hijos existe una mayor probabilidad de que se desarrollen conductas desviadas.

### **Modelos de familia ante situaciones de conflicto**

Teniendo en cuenta la importancia de la familia como primer sistema social en los adolescentes, se pretende analizar cuáles son los principales modelos que explican el afrontamiento familiar ante situaciones de conflicto.

Hill, desarrolló la primera propuesta teórica del estrés familiar, denominado “modelo ABC-X”, donde explica cómo las familias se tienen que reorganizar cuando sufren eventos estresantes. Según este modelo la familia no tiene porqué destruirse tras sufrir una crisis, sino que puede recuperarse y mejorar su funcionamiento (Martínez, 2009). Por lo que la mejora de la situación dependerá de los recursos familiares con los que cuenta la familia. Siguiendo a Hill, McCubbin y Thompson desarrollan el modelo de resistencia de ajuste familiar y adaptación, que considera que ante una situación problemática la familia desarrolla estrategias para mantener o recuperar el equilibrio. Los esfuerzos que realiza para reducir el factor estresor sería la resistencia y los esfuerzos para reorganizarse sería la adaptación. Tanto la teoría del estrés como la de resistencia familiar centran su investigación en las respuestas familiares para adaptarse y reorganizarse (Piera y Desfilis, 2000).

Por su parte, el modelo *Circumplejo de Olson* amplía las dimensiones de investigación,

pues además de tener en cuenta las respuestas familiares, que este denomina “adaptabilidad” incluye otras dos dimensiones: la “cohesión” a través de los vínculos familiares y la “comunicación” que se basa en la empatía y en la escucha reflexiva y está integrada en las otras dos dimensiones. La cohesión se mediría a través de la vinculación emocional, los límites, toma de decisiones e intereses. La adaptabilidad dependería de los estilos de negociación y las reglas de relación (Ferrer, Miscán, Pino y Pérez, 2013). Olson, junto a Portner y Lavee elaboraron una escala, *La Escala de Evaluación de la Cohesión y Adaptabilidad Familiar* (FACES III) que evalúan dos de las dimensiones del modelo *Circumplejo*, la cohesión y la adaptabilidad. Una mayor cohesión y adaptabilidad en el núcleo familiar será imprescindible para el desarrollo de conductas prosociales en los adolescentes.

Existe un modelo que, a diferencia de los otros, se centra exclusivamente en las familias con hijos adolescentes, este sería el modelo de estrés familiar (MEFAD) que analiza y evalúa, a través de una serie de variables, el ajuste familiar y el bienestar psicosocial en este tipo de familias. La adolescencia ya de por sí es una variable, esta etapa de cambio y transición va a obligar al resto de miembros de la familia a reorganizarse variando el funcionamiento familiar. Los eventos vitales estresantes, como puede ser un accidente grave, problemas económicos serios, enfermedad, sería otra variable. Esta nueva situación familiar marcada por factores estresores, podría desembocar en conductas delictivas, depresión, etc.... si el adolescente no es capaz de gestionarla de manera adecuada. Si el funcionamiento familiar ante estos eventos es flexible, existe una fuerte vinculación familiar y una comunicación fluida, las posibilidades de superar situaciones conflictivas son muy altas, del mismo modo hay que tener en cuenta que este proceso es recíproco y que el adolescente influirá en el sistema familiar. Por tanto, si el adolescente se inicia en actividades desviadas estos serían nuevos estresores para la familia (Musitu y Callejas, 2017). La acumulación de estresores podría derivar en un desequilibrio familiar constante llegando a necesitar la intervención de profesionales.

Por su parte, el modelo sistémico amplía y supera las limitaciones de los modelos anteriores al ser las ideas sistémicas más consistentes y útiles. La familia se considera como un conjunto organizado de personas en constante interacción que se rigen

a través de reglas tanto entre ellos como con el exterior. Por tanto, la familia es concebida en su conjunto, como un grupo con identidad propia (Espinal, Gimeno y González, 2006). Desde este modelo, la familia está inmersa en el entorno y en la cultura por lo que los valores que tenga sobre la sociedad y cultura circundante será factor de apoyo o de riesgo familiar. Además, el entorno es cambiante por lo que la familia, como elemento dinámico, deberá adaptarse según la demanda que les exigen los cambios sociales. Relacionado con el modelo sistémico, estaría el modelo ecológico de Bronfenbrenner (1979), que explica cómo el ambiente se estructura en varios niveles, el microsistema, representado por la familia, mesosistema sería las interrelaciones entre dos o más microsistemas, el exosistema, que no incluiría a la persona como participante activo, (como por ejemplo el grupo de amigos de los padres) y por último, el macrosistema que haría referencia a la organización política, social y económica de una determinada región (Gifre y Guitart 2013). Por tanto, el modelo comprendería todos los entornos del menor, siendo la familia el mayor precursor en el desarrollo de la persona. Según Bronfenbrenner (1987), en un ambiente familiar positivo, el individuo desarrollará conductas prosociales. Por el contrario, un ambiente familiar adverso puede generar conductas antisociales y delictivas. Frías, López y Díaz (2003) realizaron un estudio poniendo a prueba el modelo ecológico y su relación con las conductas antisociales en los jóvenes con una muestra de 204 estudiantes mexicanos, demostrando que el microsistema, es decir, la familia, tenía un efecto directo en la conducta antisocial. Así mismo el macrosistema afectaba al exosistema y el exosistema al microsistema y por tanto de manera indirecta todos afectaban a la conducta antisocial (Frías, López y Díaz 2003).

Haciendo una recopilación de los modelos propuestos, se puede afirmar que las conductas antisociales vienen marcadas por una influencia notable del ambiente familiar y que este se encuentra en un desarrollo continuo mediante procesos de reestructuración y reorganización dependiendo de las situaciones y vivencias y el afrontamiento de las mismas. El estudio realizado por Ruano y Sierra (2000) sobre las estrategias de afrontamiento que usan los padres con hijos adolescentes demuestran que las más usadas y consideradas más útiles son las de reestructuración y la obtención de apoyo social, por este orden. La reestructuración hace referencia a la estrategia interna de afrontamiento por el que la familia evalúa la

situación y modifica la forma de vivirla a fin de minimizarla y neutralizarla. La obtención de apoyo social sería la estrategia externa por la que la familia solicita y recibe apoyo de fuera, bien de parientes, vecinos, amigos (Ruano y Sierra, 2000).

Estas conclusiones, junto con las aportaciones de los diferentes modelos sirven de guía para posibles propuestas de intervención.

Las directrices de Riad establecen una serie de medidas políticas de prevención con relación a las familias que facilitan los aspectos analizados en torno a la mejora del ambiente familiar como factor dependiente de la conducta y desarrollo positivo del adolescente. Estas medidas (del punto 11 al 19) se concretan en:

- Dar prioridad a las necesidades y el bienestar de la familia y de todos sus miembros.
- Facilitar servicios adecuados a las familias que necesiten asistencia para resolver situaciones de inestabilidad o conflicto.
- Prestar especial atención a los niños de familias afectadas por problemas creados por cambios económicos, sociales y culturales rápidos y desiguales.
- Adoptar medidas y elaborar programas para dar a las familias la oportunidad de aprender las funciones y obligaciones de los padres con relación al desarrollo y el cuidado de sus hijos, para lo cual, se fomentarán relaciones positivas entre padres e hijos, se hará que los padres cobren conciencia de los problemas de los niños y los jóvenes y se fomentará la participación de los jóvenes en las actividades familiares y comunitarias.
- Reconocer el papel futuro, las responsabilidades, la participación y la colaboración de los jóvenes en la sociedad.
- Garantizar el derecho de los niños a una socialización adecuada.

### **Relación de los servicios sociales en España con las directrices de RIAD**

Siguiendo las directrices de Riad el Estado español establece una serie de medidas con relación a la mejora de la situación de los menores en riesgo.

El artículo 148.20 de la Constitución española menciona entre las competencias que pueden asumir las Comunidades Autónomas la de “asistencia social”, atribuyendo la competencia

exclusiva en esta materia garantizando los derechos de los ciudadanos. Es en este marco donde se fueron promulgando las respectivas leyes autonómicas de servicios sociales, presentando una estructura parecida que se concreta en atención primaria y servicios especializados.

A fin de dar respuesta a los adolescentes en situación de riesgo y sus familias, dentro de los servicios especializados, se encuentra el sector de familia e infancia donde se realizan actuaciones para la protección, promoción de los menores y familias, así como la normalización de la estructura familiar, gestionando programas y recursos de intervención familiar, mediación familiar, programas de ejecución de medidas judiciales, entre otros.

Actualmente los servicios sociales en España cuentan con una serie de programas y recursos con relación a la prevención e intervención con adolescentes en riesgo y sus familias que incluyen:

- Programas de apoyo y asesoramiento familiar: dirigido a familias en situación de crisis siendo un recurso de carácter preventivo y rehabilitador a fin de mejorar las habilidades de la familia y en concreto de cada uno de sus miembros. Entre las situaciones que atienden serían las de familias con hijos adolescentes con conductas desajustadas y problemáticas.
- Programas específicos para adolescentes con riesgo de exclusión social ofreciendo alternativas tanto en el ámbito del tiempo libre como en el formativo.
- Programas de prevención y atención del absentismo escolar en coordinación con los centros educativos colaborando en la detección de menores absentistas en horario escolar y en la aplicación de los protocolos establecidos al efecto realizando una intervención socioeducativa individual con el menor y la familia.
- Programas de apoyo a menores en el proceso escolar: comprenden actuaciones preventivas y de compensación educativa a fin de facilitar la integración y apoyar en el proceso escolar a menores en desventaja social mediante la intervención y orientación socioeducativa para mejorar posibles dinámicas familiares problemáticas que dificulten la integración, de niños y jóvenes con dificultades escolares. Para ello realizan actividades de apoyo y refuerzo

escolar tratando de implicar a la familia en el proceso educativo de sus hijos.

- Recursos sanitarios concretos sobre prevención y la mejora de las conductas desviadas como la Red de Salud Mental, que ofrece atención especializada a personas con problemas de salud mental, alcohol y otras drogas. Está formado por profesionales de diferentes disciplinas: psiquiatría, psicología clínica y trabajo social.

## CONCLUSIONES

La prevención de la delincuencia juvenil supone la adopción de medidas socioeducativas en el entorno próximo de los menores, es decir, la familia y los centros de enseñanza. Para poder llevar a cabo una prevención eficaz, se hace necesario partir de las necesidades de estos menores, teniendo en cuenta los factores influyentes en posibles conductas desviadas. Los factores socioeducativos que van a influir en la vida del adolescente serían tanto el clima familiar como los modelos de familia. El clima familiar dependerá de la cohesión familiar, determinada por unos lazos emocionales fuertes que se manifiestan en la transmisión de valores y normas positivas y en una comunicación fluida.

Sin embargo, un clima familiar marcado por una falta de comunicación y una escasa relación afectiva serían factores de riesgo para el desarrollo de conductas desviadas. Otro factor coadyuvante, sería la capacidad de adaptación y respuesta de la familia ante posibles situaciones de crisis mediante el desarrollo de estrategias para mantener y recuperar el equilibrio. Si la familia tiene una cohesión, un clima y una comunicación positiva, habrá una mayor posibilidad de afrontar las diferentes situaciones de crisis que se generarán a lo largo de la vida familiar. En cuanto a las estrategias de afrontamiento más usadas por los padres con hijos adolescentes, serían las de reestructuración, es decir, una estrategia interna en el que la familia evalúa la situación y modifica la forma de vivirla a fin de minimizarla o neutralizarla y, las de apoyo social, que sería la estrategia externa por la que la familia y recibe apoyo de fuera. En este sentido, es fundamental el conocimiento y desarrollo de estrategias sobre el afrontamiento más útil de situaciones de conflicto, partiendo de las propias habilidades y capacidades de los padres.

Para ello, las propuestas de intervención con las familias deberán estar encaminadas al desarrollo de habilidades sociales y comunicación con los hijos y la posibilidad de dialogar desde una postura



abierta, que permita a los adolescentes aprender mediante la imitación y el moldeado de estrategias de afrontamiento ante posibles conflictos. En definitiva, se hace necesario el apoyo a las familias a fin de favorecer su bienestar a partir de las necesidades concretas de cada caso.

Por otro lado, en los centros escolares, las conductas desviadas que pueden agravar la situación de exclusión social e incluso delincuencia juvenil vienen determinadas por absentismo escolar, desfase curricular y problemas de convivencia, para ello, se desarrollan en los centros una serie de programas y medidas que deberán incluir respuestas integrales que favorezcan un desarrollo positivo del alumnado en todos sus ámbitos: curricular, fomento de ocio positivo, habilidades sociales y para la vida.

Tras el análisis de los diferentes recursos relativos a la intervención con menores en riesgo, se aprecia que existe una gran variedad de estos en todos los ámbitos influyentes en la vida del adolescente: educativo, sociofamiliar y sanitario; y que a su vez se complementan con asociaciones externas que trabajan en la misma línea. Por tanto, se puede concluir que las medidas adoptadas en el marco socioeducativo español cumplen con las directrices de Riad en los ámbitos analizados: servicios educativos y sociales. Además, la diversidad y concreción de servicios en cada una de las comunidades autónomas facilita la evaluación y concreción de las necesidades de cada caso y por tanto el cambio y mejora de la situación de los adolescentes y sus familias. Si bien es cierto que esta variedad, no implica que se pueda intervenir en todos los casos de forma inmediata, si no se cuenta con un número de profesionales suficiente a las demandas surgidas.

## FUENTES DE INFORMACIÓN

Espinal, I., Gimeno, A., y González, F. (2006). El enfoque sistémico en los estudios sobre la familia. *Revista internacional de sistemas*, 14, 21-34.

Martínez, L. D. N. (2009). Estrés en la familia. *El Malestar en la familia*, 117.

Moos, R. H.; Moos, B.S. y Trickett, E.J. (1989) *Escala de clima social, familia, trabajo, instituciones penitenciarias, centro escolar*. Adaptación Española, Manual 3ra Edición, TEA Investigación y Publicaciones Psicológicas: Madrid.

Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de RIAD). Adoptadas por la Asamblea General en su resolución

45/112, de 14 de diciembre de 1990. Naciones Unidas. (1990). <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/preventionofjuveniledelinquency.aspx>

Farrington, D. (2006). Criminología del desarrollo y del curso de la vida. In Derecho penal y criminología como fundamento de la política criminal: estudios en homenaje al profesor Alfonso Serrano Gómez (pp. 239-266). Dykinson.

Fernández, M. E. P., y Gómez, J. L. G. (2006). Agresión y conducta antisocial en la adolescencia: una integración conceptual. *Psicopatología clínica, legal y forense*, 6, 21-127. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2386295>

Ferrer, P., Miscán A., Pino M., y Pérez V. (2013). Funcionamiento familiar según el modelo Circumplejo de Olson en familias con un niño que presenta retardo mental. *Revista Enfermería Herediana*.6(2),51-58. <https://pdfs.semanticscholar.org/2a25/fe0e9db9f373549ddb9bdd1740882065ca3.pdf>

Frías-Armenta, M., López-Escobar, A. E. y Díaz-Méndez, S. G. (2003). Predictores de la conducta antisocial juvenil: un modelo ecológico. *Estudios de Psicología (Natal)*, 8(1),15-24. [http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1413-294X2003000100003&script=sci\\_arttext&tlng=es](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1413-294X2003000100003&script=sci_arttext&tlng=es)

Fuentes, R., Gamboa, J., Morales, K., Retamal, N. y San Martín, V. (2012). Jean Piaget, aportes a la educación del desarrollo del juicio moral para el siglo XXI. *Convergencia educativa*, 1(1),55-69. <http://revistace.ucm.cl/article/view/262>

Gallegos, W. L. A. (2013). Agresión y violencia en la adolescencia: La importancia de la familia. *Avances en psicología*, 21(1), 23-34.

Gifre, M. y Guitart, M. E. (2013). Consideraciones educativas de la perspectiva ecológica de Urie Bronfenbrenner. *Contextos educativos*. *Revista de educación*, (15),79-92. <https://publicaciones.unirioja.es/ojs/index.php/contextos/article/view/656>

Gómez Cobos, E. (2008). Adolescencia y familia: revisión de la relación y la comunicación como factores de riesgo o protección. *Revista intercontinental de psicología y educación*, 10(2).

Juby, H., & Farrington, D. P. (2001). Disentangling the link between disrupted families and delinquency: Sociodemography, ethnicity and risk behaviours. *British Journal of Criminology*, 41(1), 22-40. <http://fact.on.ca/news/news0103/410022.pdf>

- Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. BOE núm. 11, de 13/01/2000. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-641>
- Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa. BOE núm. 295, de 10/12/2013. <https://www.boe.es/buscar/pdf/2013/BOE-A-2013-12886-consolidado.pdf>
- Moreno Ruiz, D., Estévez López, E., Murgui Pérez, S., & Musitu Ochoa, G. (2009). Relación entre el clima familiar y el clima escolar: el rol de la empatía, la actitud hacia la autoridad y la conducta violenta en la adolescencia. *International journal of psychology and psychological therapy*, 9(1). <https://www.redalyc.org/pdf/560/56012876010.pdf>
- Muñoz-Rivas, M. y Graña, J. (2001). Factores familiares de riesgo y de protección para el consumo de drogas en adolescentes. *Psicothema*, 16, (1), 87-94. <https://www.redalyc.org/pdf/727/72713113.pdf>
- Musitu, G. y Callejas, J. E. (2017). El modelo de estrés familiar en la adolescencia: MEFAD. *International Journal of Developmental and Educational Psychology*, 1(1), 11-19. <https://www.redalyc.org/pdf/3498/349852544002.pdf>
- Real Decreto 83/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico de los Institutos de Educación Secundaria. <https://www.boe.es/buscar/pdf/1996/BOE-A-1996-3834-consolidado.pdf>
- Rodríguez, A. y Torrente, G. (2003). Interacción familiar y conducta antisocial. *Boletín de Psicología*, 78, 7-19. <https://www.uv.es/seoane/boletin/previos/N78-1.pdf>
- Piera, R. R., y Desfilis, E. S. (2000). Estrategias de afrontamiento en familias con hijos adolescentes. *Anales de Psicología/Annals of Psychology*, 16(2), 199-206. <https://revistas.um.es/analesps/article/view/29401>
- Tallón, M. D. L. A. J., Ferro, M. J., Gómez, R. G., & López, P. P. (1999). Evaluación del clima familiar en una muestra de adolescentes. *Revista de psicología general y aplicada: Revista de la Federación Española de Asociaciones de Psicología*, 52(4), 453-462.
- Welsh, B. C., & Farrington, D. P. (2007). Apoyo científico en relación con la prevención temprana de la delincuencia y la delincuencia tardía. [http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:DerechoPenalyCriminologia2007-/apoyo\\_cientifico.pdf](http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:DerechoPenalyCriminologia2007-/apoyo_cientifico.pdf)

# VICTIMIZACIÓN DE LOS USUARIOS DE LAS APLICACIONES AFECTIVO-SEXUALES Y CULTURA DE COMPLIANCE

## VICTIMIZATION OF USERS OF AFFECTIVE-SEXUAL APPLICATIONS AND THE CULTURE OF COMPLIANCE

David Pavón Herradón<sup>1</sup>  
ORCID: 0000-0002-1716-0524  
Universidad Europea de Madrid  
david.pavon@universidadeuropea.es

Antonio Silva Esquinas  
ORCID: 0000-0002-0996-6448  
Universidad Europea de Madrid  
antoniosilva@universidadeuropea.es

Raquel Rebeca Cordero Verdugo  
ORCID: 0000-0002-1087-2094  
Universidad Europea de Madrid  
raquelrebeca.cordero@universidadeuropea.es

Jorge Ramiro Pérez Suárez  
ORCID: 0000-0002-5589-2830  
Universidad Europea de Madrid  
jorgeramiro.perez@universidadeuropea.es  
España

DOI: 10.24265/voxxjuris.2023.v41n2.10

Recibido: 16 de septiembre de 2022.

Aceptado: 18 de enero de 2023.

### SUMARIO

- Introducción.
- Breve referencia a alguna de las nuevas tipologías delictivas observadas en la ciberesfera de las *apps* afectivo-sexuales conforme a la regulación jurídico penal actual en España.
- Las *apps* y la cultura de *compliance*.
- Conclusiones.
- Fuentes de información.

### RESUMEN

Los Proyectos “Enrolla2 Generación X Percepciones de Seguridad y Actitudes de Riesgo en individuos pertenecientes a la Generación X vinculadas al uso de aplicaciones informáticas afectivo-sexuales (CIPI/20/091)” y “La gestión del deseo en tiempos del COVID (CIPI/20/159)” tenían como respectivos objetivos, estudiar la

percepción de la seguridad, su incidencia en el nivel de victimización y los riesgos para la salud de los individuos en las aplicaciones afectivo-sexuales; y conocer las motivaciones que han llevado a los mismos a usar *apps* afectivo-sexuales durante el confinamiento. Se observaron diferentes niveles de seguridad en las *apps*, dependiendo del tratamiento de los datos de los usuarios, la existencia de actitudes de hostigamiento y la emergencia de un mercado de droga digital. Jurídicamente, se presume necesario mejorar la protección de los usuarios, potenciales víctimas de delitos -singularmente identificados- y, asimismo, incentivar la cultura de la prevención o *compliance* con respecto a las entidades propietarias de dichas plataformas.

### PALABRAS CLAVE

Etnografía digital, criminología, sexualidad, delitos, *compliance*.

### ABSTRACT

The Projects “Enrolla2 Generation X Security Perceptions and Risk Attitudes in individuals belonging to the Generation X linked to the

<sup>1</sup> Todos los autores forman parte del Grupo de Conocimiento-Investigación en Problemáticas Sociales Universidad Europea de Madrid y del Departamento de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Facultad de Ciencias Sociales y de la Comunicación UEM.

use of affective-sexual computer applications (CIPI / 20/091)” and “The management of desire in times of COVID (CIPI / 20/159)” had as their respective objectives, to study the perception of security, its incidence in the level of victimization and the risks to the health of individuals in affective-sexual applications; and to know the motivations that have led them to use affective-sexual apps during lockdown. Different levels of security were observed in the apps, depending on the treatment of user data, the existence of harassing attitudes and the emergence of a digital drug market. Legally, it is understood as necessary to improve the protection of users, potential victims of crime - individually identified - and, likewise, encourage the culture of prevention or compliance with respect to the companies that own said platforms.

## KEYWORDS

Digital ethnography, Criminology, sexuality, crimes, compliance-

## INTRODUCCIÓN

Como se ha tenido ocasión de exponer<sup>2</sup> también en estudios previos al presente (Silva et al., 2021), en los últimos años se ha venido produciendo una proliferación y expansión de las redes sociales, de las llamadas *apps* y, concretamente, de forma especial, aunque no única, de las *apps* informáticas afectivo-sexuales que, al margen de conformar una forma de intercomunicación e interacción entre individuos, se han convertido en un nuevo contexto o nicho de riesgo de producción de determinados comportamientos delictivos.

A este respecto, como se dice, ya se tuvo oportunidad de hacer un primer análisis jurídico de los principales riesgos que existen para determinados usuarios de estas plataformas de contacto y de los principales delitos que emergen en algunas de las mencionadas redes sociales, todo ello fruto de la observación y análisis llevados a cabo en el proyecto “*Enrolla2. Percepciones de seguridad y actitudes de riesgo en “millennials” vinculadas al uso de apps informáticas afectivo-sexuales*”, del Grupo de Conocimiento-Investigación

en Problemáticas Sociales de la Universidad Europea en Madrid (con el código Enrolla2 2018/UEM34, financiado por la Universidad Europea)<sup>3</sup>, estudio circunscrito hasta usuarios de edad no superior a los 35 años (desde los 18).

Pues bien, dando continuidad a dicho estudio en torno a los riesgos y posibles ilícitos en el contexto de estas *apps*, por el mismo Grupo de Conocimiento-Investigación en Problemáticas Sociales se ha abordado en esta ocasión un nuevo análisis de otras redes sociales del carácter indicado, esta vez en el ámbito del proyecto *Enrolla2. Percepciones de seguridad y actitudes de riesgo en individuos pertenecientes a la Generación X vinculadas al uso de aplicaciones informáticas afectivo-sexuales* (CIPI/20/091), (con el código Enrolla2 2020/UEM19, financiado por la Universidad Europea)<sup>4</sup>, referido en esta oportunidad a usuarios con edades superiores a los 36 años y hasta los 50. Dicho estudio se complementa con el denominado *La gestión del deseo en tiempos del COVID* (CIPI/20/159), también del Grupo de Conocimiento-Investigación en Problemáticas Sociales, centrado en conocer las motivaciones que han llevado a los individuos a usar *apps* afectivo-sexuales durante el confinamiento (Cordero et al., 2021). Ambos estudios se retroalimentan metodológicamente, a través de un diseño de métodos mixtos: etnografía digital abierta multi situada en estas *apps*, entrevistas a usuarios, micro encuestas en redes sociales y encuestas a personas que usaron estas *apps* en el confinamiento.

Sin perjuicio del estudio de los riesgos existentes para estos usuarios y de los singulares comportamientos delictivos observados con respecto a los mismos, en el proyecto *Enrolla2. Percepciones de seguridad y actitudes de riesgo en individuos pertenecientes a la Generación X vinculadas al uso de aplicaciones informáticas afectivo-sexuales* (CIPI/20/091), se pone también especial énfasis en el estudio de la seguridad de las *apps*, aspecto no abordado en el trabajo referido a la *Generación Millennials*, tan solo apuntado, pero igualmente aplicable al mismo, entendido precisamente como uno de los principales agentes generadores de la puesta en riesgo o lesión de bienes jurídicos titularidad

2 En este artículo se amplía el contenido de la ponencia presentada en el II Congreso Iberoamericano “Política Criminal de Excepción durante la Emergencia Sanitaria y su Impacto en los Derechos Humanos” organizado por la Red Iberoamericana de Investigadores en Política Criminal e Instituciones de la Seguridad, entre otras instituciones.

3 En concreto, se analizaron seis *apps* afectivo-sexuales: *Tinder, Grindr, Badoo, Lovoo, Wapa y Wapa* (Pérez et al., 2020; Silva et al., 2018). Este análisis jurídico culminó en la publicación de Silva et al., 2021.

4 En concreto se analizaron cinco *apps* afectivo-sexuales: *Meetic, Pof, Lumen, Wapa y Wapo*. (Cordero et al., 2021).

de los usuarios de las aplicaciones e, incluso, de titularidad o interés general o carácter supraindividual.

En este sentido, como se manifestó en este primer estudio jurídico, debe partirse ahora nuevamente de la premisa de que en el medio digital se producen iguales comportamientos delictivos que en el ámbito o medio analógico; iguales ilícitos que acontecen, sin embargo, incluso con mayor facilidad en el mundo digital, en atención al anonimato o falsa sensación de seguridad que la víctima percibe como consecuencia de los filtros que en apariencia tienen las mentadas aplicaciones (Silva et al., 2021, p. 6).

De la observación de los delitos que habitualmente se producen con respecto a los *millennials* en estas aplicaciones informáticas afectivo-sexuales, se dedujeron (Silva et al., 2021, pp. 9-29), como principales, los que tienen que ver con la personalidad, la intimidad personal, la libertad y la libertad e indemnidad sexuales, como pueden ser, entre otros, los siguientes: recepción no solicitada de materiales sexualmente explícitos y la pornografía de venganza (*revenge porn*), *creepshots*, *upskirting*, *digital voyeurism*, *doxing* o *doxxing*, *cyber stalking*, *cyber bullying*, suplantación de identidad (*impersonation*), *hacking*, *cracking* o *amenazas de violencia* (*threats of violence*). Algunos de ellos presentan un encaje más o menos sencillo desde el punto de vista de la dogmática penal y el derecho positivo, al identificarse el respectivo comportamiento con alguna de las figuras delictivas descritas en el Código Penal español, no obstante lo cual, otros tantos, como el caso, por citar algún ejemplo, del primero de los señalados, la recepción no solicitada de materiales sexualmente explícitos y la pornografía de venganza (*revenge porn*), no tienen una fácil identificación en la norma penal sustantiva española, debiendo acudir a figuras tradicionales de aplicación subsidiaria a falta de un tipo penal concreto, como ocurre paradigmáticamente con el delito de coacciones, ya asumido doctrinalmente como un tipo de recogida (Pavón, 2022, p. 100).

Incluso, se ha llegado a comprender a tenor de los anteriores comportamientos, de la existencia de una nueva forma de violencia de género, llevada a cabo a través del medio tecnológico en general (Méndez, 2019) y, en particular, de estas *apps* afectivo-sexuales, ya denominadas por organismos internacionales como el Parlamento Europeo *Cyber violence*

*and hate speech online against women* (Van der Wilk, 2018).

Por su parte, de la más reciente observación realizada de las aplicaciones informáticas afectivo-sexuales, como se dice, esta vez con respecto a la llamada “*Generación X*”, al margen de reproducirse en mayor o menor medida delitos como los acabados de enumerar y que, por ello, no serán objeto de análisis en esta ocasión, parece que se identificaron algunos otros muy concretos, como lo serían el uso indebido de datos que conforman la intimidad del usuario, la corrupción de menores, el tráfico de drogas o, en el contexto patrimonial, las estafas; delitos cuya comisión también se vería facilitada por el medio digital a través de las *apps*.

Para la evitación de comportamientos delictivos como los señalados tanto en uno como en otro estudio, resulta trascendental el papel de las personas jurídicas responsables de las aplicaciones, sobre la base, por una parte, de la llamada ética corporativa y, por otra parte, de la responsabilidad penal en la que las mismas podrían incurrir como consecuencia de los delitos que puedan producirse o facilitarse a través de la red o aplicación de la que resultan titulares.

En este sentido, con respecto a este último aspecto, ya es sabido que la norma penal sustantiva<sup>5</sup> introdujo en el año 2010, a través de la reforma operada por la LO 5/2010<sup>6</sup>, la responsabilidad penal de las personas jurídicas, la cual fue objeto de posterior modificación a través de la LO 1/2015<sup>7</sup>. Precisamente, para la evitación en la medida de lo posible de estos riesgos para los bienes jurídicos más importantes en el ámbito o contexto de la actividad empresarial, se adoptó este nuevo sistema de responsabilidad, fruto del cual ha emergido, como instrumento al servicio de tal finalidad, el llamado *Corporate Compliance*, entendido como un conjunto de buenas prácticas y procedimientos ideados para la localización de riesgos de producción de ilícitos en el seno o en el contexto de la persona jurídica, ya a nivel interno, por su personal, ya por terceros ajenos a la misma, y para la generación de mecanismos de alerta, prevención, gestión, control y respuesta frente a tales riesgos o comportamientos. Sistemas

5 Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

6 Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

7 Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

de prevención de riesgos penales que, además, han generado el surgimiento y auge de la primeramente mencionada ética corporativa, encaminada a la generación de una cultura de valores y principios que informen favorablemente de la reputación de la empresa y de su compromiso para con los derechos individuales y colectivos.

No en vano, a nivel internacional han surgido normas de estandarización y normativización en torno a la conformación de los llamados *Sistemas de Gestión de Compliance*, concretamente, a través de la norma ISO 19600, sustituida en 2021 por la ISO 37301, e igualmente, de estandarización y normativización de sistemas del *Compliance penal*, a través de la ISO 19601, desarrollada en España a través de la correspondiente UNE (Gómez-Jara, 2020).

Expuesto lo anterior, en las siguientes líneas se tratará de hacer una aproximación, fundamentalmente a partir del reporte etnográfico *Enrolla2 Generación X*, además de las nuevas formas delictivas que parecen haberse hallado en el contexto de las aplicaciones informáticas afectivo-sexuales analizadas, las debilidades observadas en materia de seguridad que las mismas presentan, así como la importancia de una adecuada planificación y ejecución del *Corporate Compliance* para la lucha contra estas formas de criminalidad y, por ende, como forma de dotar verdadera protección a los usuarios de estas *apps*, y no como una mera forma de evitación de consecuencias jurídicas para las empresas responsables o titulares de las mismas.

Debe, pues, preguntarse de nuevo, si acaso son estos nuevos escenarios los que están provocando o favoreciendo la comisión de delitos como los señalados, favorecido por la deficiente o insuficiente seguridad de estas redes y plataformas, o bien, si son los propios usuarios, a través de sus comportamientos, los que lo estarían permitiendo e incluso, paradójicamente, fomentando la proliferación de estos hechos delictivos mediante acciones de auto puesta en peligro.

### **BREVE REFERENCIA A ALGUNA DE LAS NUEVAS TIPOLOGÍAS DELICTIVAS OBSERVADAS EN LA CIBERESFERA DE LAS APPS AFECTIVO-SEXUALES CONFORME A LA REGULACIÓN JURÍDICO PENAL ACTUAL EN ESPAÑA**

Como se ha apuntado en líneas anteriores, del estudio etnográfico *Enrolla2 Generación X*, se ha comprobado la aparente existencia de nuevos tipos delictivos, que se sumarían a

los ya observados en el reporte etnográfico *Enrolla2 Millenials*. Sucintamente y a título ejemplificativo, a continuación, se hará referencia a alguno de estos nuevos comportamientos, así como a su identificación en la norma penal de entre los delitos contenidos en su Libro II (Delitos y sus penas).

La identificación de los citados comportamientos que parece tiene lugar en las *apps* objeto de observación y estudio, y su contraste en la norma penal, permitirá verificar tanto el tipo penal que resultaría en cada caso de aplicación y, por tanto, cuál sería su regulación positiva, como la respuesta punitiva que se podría derivar de tales acciones o, en su caso, omisiones. Ello permitirá conocer de qué manera y con qué alcance tiene lugar la acción protectora de los intereses en juego por parte de la legislación punitiva, todo ello, prescindiendo en este momento del tratamiento jurídico-penal que pudiera darse a una posible auto puesta en peligro por parte del propio titular del bien jurídico y que pudiera haber coadyuvado al surgimiento del comportamiento reprochable que, en todo caso, no resultaría por ello justificado.

No obstante, los siguientes fenómenos delictivos, como se dice, parece que no serían los únicos observados, quedando para un posterior análisis y estudio algunos otros como la corrupción de menores o la distribución de drogas.

#### **Catfish**

El fenómeno del *catfish* consiste en una forma de usurpación de la personalidad (*impersonation*), la cual tiene lugar en el ámbito de las redes sociales, especialmente en las relacionadas con las *apps* afectivo-sexuales, creando una cuenta falsa o un perfil falso, incluso con una identidad de género diferente o simulando una edad determinada, circunstancias de las que incluso puede depender la posibilidad de participar en las *apps*.

Al *catfish* ya se hizo concreta (pero breve) referencia en el estudio dedicado a los usuarios de la *Generación Millennials* (Silva et al., 2021, p. 22), pero de nuevo resulta obligada su mención y análisis, esta vez más profundo que entonces, habida cuenta del protagonismo que alcanza con respecto a los usuarios de la *Generación X* este fenómeno.

La conducta<sup>8</sup> parece, en apariencia, que se produce en dos principales modalidades, a saber: una, consistente en conformar una personalidad irreal, un perfil, manera de ser, carácter concreto, que sin embargo son mera invención, haciendo creer a un tercero que tal persona realmente existe, con la cual cree estar relacionándose; y otra, consistente en tomar la imagen y/o personalidad de un tercero (o algún aspecto de la misma), a fin de hacerse pasar por tal persona, bien en forma absoluta, bien con respecto a la imagen o ciertos aspectos de su perfil, manera de ser o carácter.

De ambas modalidades, como se expondrá y justificará a continuación, esta última es la única que en sentido estricto se podría identificar con la usurpación de la personalidad desde el prisma técnico-legal, lo que impediría, por tanto, hablar de usurpación como forma delictual en ambos supuestos. En este sentido y, concretamente, desde el punto de vista del ordenamiento penal, debe partirse de que la usurpación de la personalidad se halla recogida en el artículo 401 del Código Penal español, ubicado en el Capítulo IV (De la usurpación del estado civil), del Título XVIII (De las falsedades), siendo una suerte de suplantación de identidad penada con prisión de entre seis meses y tres años.

El comportamiento descrito en la mencionada norma es completamente abierto, pues la dicción típica únicamente refiere como tal “el que usurpare el estado civil de otra persona”, admitiéndose, en consecuencia, cualquier forma de usurpación o de apoderamiento de la personalidad. Sin embargo, a este respecto y teniendo en cuenta lo dicho en líneas anteriores, debe interpretarse que el tipo penal deviene limitando en realidad a la usurpación en los casos en los que se estuviera tomando la imagen y/o rasgos de la personalidad de otra persona, a fin de hacerse el autor pasar por la misma y, por tanto, que no estaríamos ante supuestos de usurpación cuando el sujeto activo se presentara como una persona cuyos rasgos de la personalidad son inventados, no tomados de otro o, al menos, con suficiente consistencia como para en un momento dado poder identificar a ese tercero. Debe tenerse en cuenta a favor de esta interpretación estricta, que cuando la norma penal sustantiva alude a “otra persona”, parece que lo está refiriendo a alguien que en verdad existe, persona de la cual

se toma la imagen y/o rasgos de la personalidad, y por la que quien actúa pretende pasarse.

Consecuentemente, la usurpación de identidad se refiere exclusivamente a los casos en los que se pretende la suplantación de la identidad de otro, y no a la invención de una identidad que no supone la suplantación de identidad de un tercero. Nos hallamos, pues, en presencia de un delito de naturaleza falsaria, tanto porque así puede deducirse del propio comportamiento, marcado por su alejamiento de la realidad e, igualmente, porque parece coherente si se atiende a la sistemática del legislador, que resolvió incluir el delito de usurpación de estado civil en el Título referido a las falsedades.

Y es precisamente de su naturaleza falsaria de la que se derivan una serie de consideraciones que no pueden dejar de atenderse, por las implicaciones jurídico-penales que las mismas conllevan. De este modo, la primera consideración que ha de extraerse de la citada naturaleza es que la usurpación de la personalidad trae su *ratio legis* en el hecho mismo de la falsedad que tal comportamiento supone, esto es, en el hecho mismo de hacer creer a terceros que quien actúa es otra persona. Se trata, por tanto, de una circunstancia por sí sola se hace merecedora del reproche jurídico-penal, sin que sea preciso para su sanción que de la usurpación realizada se deriven nuevos riesgos o lesiones para otros bienes jurídicos, más allá, pues, del consisten en la seguridad del tráfico jurídico, que es el que se daña cuando se suplanta a otra persona.

La segunda consideración tiene que ver con el caso de la personalidad falsa pero inventada, esto es, aquella que se ha indicado no podría subsumirse en las previsiones del artículo 401 del Código Penal. Pues bien, habida cuenta de la naturaleza falsaria del delito, pese a las dificultades señaladas para comprenderse ese perfil falso como una suplantación de identidad, podría sin embargo tener encaje como delito de falsedad documental *ex* artículo 395 de la norma penal sustantiva, esto es, entender que nos hallamos simplemente ante una falsedad documental (Nieto, 2018) a la relacionado con la creación de un perfil falso, circunstancia que debe ser igualmente objeto de comprobación.

El artículo 395 del Código Penal recoge el delito de falsedad en documento privado, cometido por persona particular, al señalar que “El que, para perjudicar a otro, cometiere en documento privado alguna de las falsedades previstas

8 Sobre el delito de usurpación de estado civil (vid. Díaz, 2010).

en los tres primeros números del apartado 1 del artículo 390”, previéndose una pena de prisión de seis meses a dos años. Relacionado, pues, con el mismo, habrá de atenderse a las modalidades comisivas (Pavón, 2016, pp. 102-112) recogidas en el artículo 390.1.1º, 2º y 3º, esto es, la falsedad en documento privado del particular deberá producirse, ya alterando un documento en alguno de sus elementos o requisitos de carácter esencial, ya simulando un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad, o ya suponiendo en un acto la intervención de personas que no la han tenido, o atribuyendo a las que han intervenido en él declaraciones o manifestaciones diferentes a las que hubieran hecho (*sic*).

Como puede deducirse de las anteriores líneas, para que la creación de un perfil falso e inventado en una *app*, pudiera comprenderse como el delito de falsedad documental, toda vez que no puede serlo de usurpación, se requeriría, en primer término, admitir que la generación del perfil mismo se trata de una falsedad en documento privado, de tal forma que debe asimilarse el apartado de la aplicación para el registro y alta de usuario como un documento de naturaleza privado, lo que no parece conllevar excesivas dificultades, no tratándose de un documento ni oficial, ni público, ni mercantil; en segundo lugar, que la falsedad descrita sea llevada a cabo con el objeto o finalidad de perjudicar a un tercero, lo que igualmente no parece de complicada comprensión, en tanto que la creación de una personalidad falsa parece llevar inherente la idea de perjuicio al que deposita en dicha información que se facilita una legítima expectativa de veracidad. En este sentido, debe tenerse en cuenta que el bien jurídico protegido en los delitos de falsedad documental viene conformado por la función del documento que se altera, es decir, lo que pretende dotarse de protección es la función que presenta el documento que es objeto de falsificación, en este caso, el perfil del usuario, cuya función es conocer al sujeto con el que puede llegar a interactuarse, de tal suerte que con la falsedad de la personalidad reflejada en el formulario de alta de la aplicación de que se trate, se daña la función que tiene tal documento en orden a dar a conocer al nuevo usuario frente al resto de personas que igualmente participan en la *app*.

Finalmente, para poder considerar que estos comportamientos relativos a la creación de un perfil irreal encajan en el delito de falsedad

en documento privado, como alternativa de naturaleza falsaria al de usurpación de estado civil, se hace necesario que la falsedad en sí misma cometida haya tenido lugar en alguna de las formas descritas en el apartado 1, números 1º a 3º, del artículo 390 del Código Penal. Sin embargo, de la lectura sosegada de dichas modalidades comisivas y de su interpretación técnica, no parece posible que la creación del perfil falso en las aplicaciones objeto de estudio venga a producirse en alguna de esas tres maneras, pues ni se altera un documento en alguno de sus elementos o requisitos de carácter esencial, toda vez que el documento es de nueva creación, ni se simula un documento en todo o en parte, pues el formulario no se reproduce ni total ni parcialmente, sino que se emplea el original, ni se hace suponer la intervención de personas o la atribución a las mismas de determinadas afirmaciones en un concreto acto que en verdad no tiene lugar en el caso concreto.

Más bien puede afirmarse que el comportamiento que realiza el sujeto que crea una identidad o perfil falso no empleando la imagen o datos de la personalidad de un tercero, consistiría en una mera forma de falsedad ideológica, esto es, en hacer constar, simple y llanamente, unos datos inciertos en el formulario de registro y alta de usuario de la *app*, acción que encaja en la descripción del número 4º del mismo artículo 390.1 (“faltando a la verdad en la narración de los hechos”) y que, sin embargo, cuando es cometido por un particular y en documento privado, resulta atípico, tal y como se deduce de la redacción del artículo 395 del Código Penal, que sólo contempla como posibles formas comisivas las previstas en el artículo 390.1.1º, 2º y 3º.

De cuanto precede puede concluirse, en lo que se refiere al fenómeno del *catfish*, que el mismo sólo tendría encaje o reflejo en una de las figuras contempladas en el Código Penal español, en concreto, en la usurpación de estado civil, cuando el comportamiento consistiere en emplear la imagen y/o datos de la personalidad de un tercero, haciendo creer que esa persona es la que interactúa, pero no en el supuesto de la invención de un perfil inventado, acción que, como se ha indicado, sería atípica, puesto que ni cumple con los elementos típicos propios del delito de usurpación, ni alternativamente los del delito de falsedad en documento privado. Ello conduce a la consideración de que este último caso resulta alejado de los delitos de naturaleza falsaria, por lo que podría estar más cercano a los de naturaleza defraudatoria, en concreto, a



la estafa, la cual abordaremos en las siguientes líneas, castigando, en su caso, la forma del engaño bastante, pero no conformando un tipo penal autónomo.

### Timos

Como se desprende del estudio realizado con respecto a la llamada *Generación X*, en ocasiones se solicita a los usuarios excesiva información acerca de las circunstancias familiares y económicas, al menos así lo parece en orden al establecimiento de afinidades, extremo que puede favorecer o incentivar comportamientos de naturaleza defraudatoria, como pueden ser los timos, estafas desde un punto de vista técnico-jurídico. Efectivamente, como consta en el varias veces mencionado estudio etnográfico que precede al presente trabajo y que sirve de base al mismo, algunas *apps* solicitan a los usuarios un elevadísimo número de datos de carácter personal, que alcanzan incluso el conocimiento sobre los ingresos que perciben regularmente por razón del trabajo, así como otras circunstancias que pueden delatar, directa o indirectamente, estados sociales o económicos concretos de la persona, como por ejemplo, entre otros, el estado civil del usuario o sus familiares, el orden de nacimiento cuando el usuario tiene hermanos, si se poseen vehículos o si se consumen drogas.

Con respecto a estas posibles conductas defraudatorias (Fernández-Saliner, 2020; Liñán, 2020, p. 109; Núñez, 2021) es indudable que el patrimonio se erige como interés objeto de protección, siendo objeto material del delito los bienes que integran el patrimonio, esto es, dinero, inmuebles, joyas, derechos patrimoniales, etcétera y que en el caso concreto se verían afectados.

Los conocidos como timos en el contexto de las *apps*, encuentran su acomodo normativo en los artículos 248 y siguientes de la norma penal sustantiva, donde se regula el delito de estafa. Básicamente se producen, conforme al Código Penal español, cuando, a través de un engaño, se logra provocar un error en un tercero, a consecuencia del cual este lleva a cabo una disposición patrimonial, dañando dicho patrimonio. Para que este engaño tenga relevancia desde la perspectiva penal, debe presentarse como bastante, es decir, como una maniobra no burda o absurda, o fácilmente apreciable como falsa, sino con la entidad suficiente como para provocar en un sujeto medio la creencia de su veracidad o

verosimilitud, siendo la consecuencia directa de ello ese actuar bajo engaño, esto es, bajo error.

De este modo, como se dice, quedarían fuera del engaño relevante a los efectos de la estafa, aquellos que se fundan en un error burdo o evidente. En conexión con ello, como nos recuerda Dopico (2018b):

Por llamativo que parezca, existen mentiras permitidas, afirmaciones falsas que se toleran en el tráfico, como el llamado *dolus bonus* o la exagerada ponderación de las virtudes de la cosa por parte del vendedor. Se trata de actos socialmente adecuados, de riesgos permitidos en el tráfico. (p. 176)

Trasladada la cuestión al campo objeto de estudio, podrían llegar a comprenderse que determinadas exageraciones que se producen por algunos usuarios en el contexto de las *apps* afectivo-sexuales podrían considerarse como admisibles si, con una valoración imparcial y ponderada, pudiera llegar a comprenderse una limitada capacidad de afectación patrimonial en el engañado.

Así, por ejemplo, podría carecer de trascendencia jurídico-penal, un comentario efectuado por un usuario que consistiera en explicar a otro usuario que cada sábado cena en un lujoso restaurante, con el objetivo de presentarse a sí mismo con una imagen exagerada en lo que se refiere a su calidad de vida y nivel patrimonial, circunstancia que a su vez podría poner en riesgo el patrimonio del receptor de tal mensaje, al descuidar el nivel de protección de sus propios bienes constante su relación con aquel. En este sentido, para que pudiera apreciarse el engaño bastante, debería existir el llamado *dolo* antecedente por parte del que emite la información falsa, esto es, dicho de otra manera, quien aparenta un nivel económico alto debería transmitir esta información al otro usuario con el ánimo inicial de llevar a cabo un timo, y no por razón de lograr una relación más estrecha con la otra persona, sin perjuicio de lo cual, esta última, a la vista del comentario, podría llegar a realizar un acto de disposición patrimonial bajo engaño, como por ejemplo, hacerle llegar un regalo de cumpleaños más caro de lo que pudiera considerarse razonable para un usuario carente de altos recursos.

Por lo tanto, para que pueda apreciarse que el engaño puede conducir a una estafa, se requiere que el mismo sea antecedente, bastante y causal de la disposición patrimonial (Liñán, 2020, p. 110). Y, consecuentemente, sólo en los casos

señalados podrá comprenderse producido un timo, debiendo descartarse los casos en los que el engaño no tiene como objetivo previamente ideado el desembolso patrimonial injusto de otro usuario, siendo esta la razón en sí del engaño, ni el mismo puede considerarse como desencadenante lógico que conduzca a la disposición económica ulteriormente hecha.

De este modo, en los timos o estafas, así en las que tienen lugar a través o en el contexto de las *apps* afectivo-sexuales, como en cualquier otro ámbito, el engaño causador del daño patrimonial es el elemento sobre el que pivota el reproche penal, de tal suerte que, a falta de tal engaño, no puede hablarse de defraudación; el engaño, pues, hace creer en el tercero que algo que es cierto no lo es, o a la inversa, lo que tendrá lugar por medio de cualquier ardid, maquinación, fabulación o artificio (Liñán, 2020, p. 110). Posibles ilícitos en cuya concurrencia puede resultar decisiva la excesiva e innecesaria información que algunas aplicaciones requieren del usuario que se registra, al socaire o con el supuesto objetivo de la búsqueda de afinidades con otros consumidores de las *apps*.

### Revelación de la intimidad

De nuevo como se desprende del estudio realizado de las *apps* afectivo-sexuales con respecto a la llamada *Generación X*, el exceso de información que se solicita a los usuarios, especialmente en algunas *apps*, acerca de sus circunstancias personales, familiares e, incluso, económicas, en principio, para el establecimiento de afinidades entre usuarios, puede favorecer o incentivar sin embargo comportamientos atentatorios contra la intimidad y la normativa general sobre protección de datos, lo que se desdobra, por una parte, en un riesgo de eventuales comportamientos vinculados a utilización indebida de información en masa de los usuarios o *big data* y, por otra parte, aunque de manera menos compleja, el simple riesgo de una eventual comunicación indebida a terceros de los datos que forman parte de la intimidad de un usuario en particular; posibles comportamientos que nos sitúan más bien en el plano de la revelación de los secretos que afectan a la vida personal o familiar de los usuarios, y no tanto en el plano del descubrimiento en sí de dichos datos.

La intimidad se erige como un derecho fundamental de rango constitucional. El artículo 18.1 de la Constitución Española (CE) garantiza “el derecho al honor, a la intimidad

personal y familiar y el derecho a la propia imagen”, mientras que el apartado 4 previene cómo “la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”. Pues bien, la transgresión de este derecho fundamental se produce con cierta facilidad en el entorno digital ya que, junto con la evidente auto puesta en peligro del propio usuario como primera posible fuente facilitadora de datos que compromete su intimidad, se produce indefectiblemente un escenario de riesgo extraordinario, marcado por la necesidad de un tratamiento masivo de los datos personales recabados por las *apps*, con y sin constancia o consciencia del propio usuario, datos a partir de los cuales se le puede medir, perfilar, clasificar y predecir, lo que, como se decía en el análisis jurídico de los principales riesgos que existen para usuarios de las *apps* afectivo-sexuales de la *Generación millenials*, supone estar en presencia de “una autentica copia digital de la persona, un holograma mercantilizado creado a la medida de otros” (Silva et al., 2021, p.31), en torno a la cual es más que evidente el riesgo de utilización indebida por parte del tenedor de los datos o por parte de terceros que puedan llegar a tener acceso legal o ilegal a los mismos.

Como ya se dijera en líneas anteriores, del estudio etnográfico elaborado con respecto a usuarios de las *apps* afectivo-sexuales de usuarios pertenecientes a la llamada *Generación X*, se comprueba que algunas de estas aplicaciones solicitan a los usuarios un elevadísimo número de datos de carácter personal que, se insiste, alcanzan incluso datos de carácter económico, ya obtenidos de forma directa, al requerirse información sobre los ingresos salariales del usuario que se registra o concreta su perfil, ya logrados de forma indirecta, a través de preguntas que pueden igualmente reflejar, en cierta medida, la capacidad económica del usuario, bien por su lugar de residencia o de trabajo, sus hábitos, el uso del tiempo libre, el estado civil y la familia, etcétera.

El uso de información personal de manera indebida puede suponer una infracción extrapenal basada en normas tales como la que concierne a la protección de datos de carácter personal, regulada de forma primaria a nivel europeo en el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al

tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos), y a nivel nacional, esto es, en el Ordenamiento español, a través de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. Dichas normas, así como las concordantes, establecen sistemas sancionadores a las transgresiones producidas por los encargados de la custodia o tratamiento de los datos y, por tanto, el mal tratamiento o uso de la información obtenida o recibida, puede sancionarse en el plano administrativo.

Junto con este sistema sancionador extrapenal, sin embargo, también puede tener cabida la sanción penal, básicamente cuando se produce, más allá del uso o custodia indebida de la información, una afectación a la intimidad de las personas que se ven afectadas por las mencionadas conductas. Efectivamente, prescindiendo en este momento de lo relativo a la normativa de protección de datos, nos centraremos en los posibles reproches jurídico-penales frente a los comportamientos invasores de la intimidad, como consecuencia de un mal uso de los datos facilitados por los propios usuarios de las *apps* al tiempo de su registro o concreción y mejora de su perfil en las aplicaciones, pudiendo anticiparse cómo, entre otros posibles comportamientos, hay dos de fácil identificación que se concretan en el eventual uso inadecuado de los datos: uno, el posible uso indebido de la información para fines de *big data*; otro, a menor escala, la posible revelación de datos que afectan a la intimidad de un usuario concreto.

Las anteriores acciones pueden identificarse en el Código Penal español en los apartados 4 a 6 del artículo 197, precepto contenido en el Capítulo I (Del descubrimiento y revelación de secretos), del Título X (Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio), dentro del Libro II (Delitos y sus formas). Por lo que se refiere a la intimidad como interés jurídico digno de protección, simplemente señalar, además de su condición como derecho fundamental, que presenta dos caras o vertientes, una positiva y otra negativa; la positiva hace alusión al derecho de cada persona a conocer y llevar a cabo el control los datos que afectan a la personalidad y al ámbito familiar que se hallen en poder de terceras personas, y la negativa, referida al derecho de excluir a terceras personas del

conocimiento del ámbito personal (Gorjón, 2020; ver también Jorge-Barreiro, 2002; Sierra, 2018).

El artículo 197.4 de la norma penal sustantiva, consiste en un tipo agravado de acceso y revelación de la información que atañe a la intimidad de la persona, sancionándose con mayor pena que el tipo básico de acceso a información secreta, cuando el mismo se lleva a cabo “(...) por las personas encargadas o responsables de los ficheros, soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, archivos o registros (...)”, o cuando se hace en orden a una utilización de la información “(...) no autorizada de datos personales de la víctima”. Dicho agravamiento en el acceso a los datos que conforman la intimidad de los usuarios viene marcado, por tanto, bien por razón del sujeto activo, bien por el uso no autorizado de la información. Por su parte, por lo que se refiere a la transmisión de la información obtenida o que se posee, el precepto prevé igualmente una forma agravada con respecto al tipo básico de revelación de secretos cuando en efecto tienen lugar igualmente actos de difusión, cesión o revelación a terceros, por quienes resultan ser los encargados o responsables de la información o cuando por los mismos se hace un uso no autorizado de la misma.

Trasladada la cuestión al ámbito de las *apps* afectivo-sexuales, nos situaríamos, pues, en el plano de la entrega de datos por parte de los usuarios de las mismas, con la apriorística finalidad de ser empleados en la búsqueda de afinidades con otros usuarios; datos o información con respecto a los cuales se genera un riesgo de una eventual indebida utilización de los mismos sin consentimiento de su titular, precisamente por quien es responsable de su custodia. Ilícito penal con respecto al cual se ha previsto una mayor respuesta punitiva, cuando los datos comprometidos en el comportamiento descrito afectan a la “ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual, o la víctima fuere menor de edad o una persona discapacitada necesitada de especial protección” (art. 197.5 CP) y, asimismo, cuando “los hechos se realizan con fines lucrativos” o, aún más, si afectan a los datos acabados de señalar y median tales fines lucrativos (art. 197.6 CP).

Efectivamente, como ya se expresara en el análisis jurídico de los principales riesgos que existen para usuarios de las *apps* afectivo-sexuales de la *Generación millenials* (Silva et al., 2021, p.

31), los datos que facilitan los consumidores de estas aplicaciones pueden afectar, entre otros aspectos, a su salud, ideologías y vida personal y familiar, sin que, por el contrario, en muchas ocasiones los usuarios puedan limitar a quiénes y con qué finalidad van dirigidos esos datos. Riesgo constatado en el estudio publicado por el Parlamento Europeo (Van der Wilk, 2018), el que se advierten los riesgos de privacidad en las plataformas de citas en línea, incluyendo eventuales comportamientos indebidos en materia de *big data* o utilización masiva de datos.

## **LAS APPS Y LA CULTURA DE COMPLIANCE**

### **La seguridad de las Apps. Escenario para la reflexión y el debate**

Del estudio etnológico realizado en la investigación de las *apps* afectivo-sexuales con respecto a la *Generación X*, se obtienen algunas conclusiones que apuntan a que las aplicaciones analizadas desde este prisma presentan, expresado con carácter general, una precaria seguridad en algunos aspectos. Como se ha anticipado en líneas anteriores, precisamente la falta de seguridad en las aplicaciones es uno de los principales agentes generadores de la puesta en riesgo o lesión de bienes jurídicos titularidad de los usuarios de las *apps* e, incluso, de titularidad o interés general o carácter supraindividual.

No obstante esta idea, lo cierto es que existen diferencias entre unas y otras aplicaciones, lo que permite también y, en consecuencia, apuntar a que algunas de ellas serían bastantes más seguras que otras. A este respecto, mientras que las debilidades en materia de seguridad en las aplicaciones se comprueban bastante comunes, existen sin embargo diferencias importantes entre unas *apps* y otras en los puntos fuertes de seguridad, lo que genera una opinión positiva de unas sobre otras.

Hecha la anterior precisión, se erigen como ejemplos paradigmáticos de la escasa seguridad que presentan algunas de las aplicaciones estudiadas, desde la absoluta ausencia, en algunos casos, de mecanismos preventivos que habilitan condiciones para que se produzcan situaciones como las descritas en el apartado 2 que precede, como pudiera ser en el caso de comportamientos consistentes en la usurpación de la personalidad, hasta características que hacen que nos hallemos ante espacios en sí mismo inseguros desde el prisma del usuario,

como podría ser, entre otros, por lo que se refiere en particular a los delitos patrimoniales y a los delitos contra la intimidad, por la demanda de un amplísimo elenco de datos personales para causar alta y definir el perfil del usuario o establecer su grado de compatibilidad o afinidad con terceros (llegando incluso en algunos casos a preguntarse, se insiste, por datos tales como los ingresos económicos mensuales, las propiedades o vehículos de los que se es titular, o circunstancias relativas al estado civil de familiares).

A los anteriores nichos de inseguridad se unen, de nuevo entre otros, extremos tales como *links* sobre consejos en materia de seguridad obrantes en idiomas distintos al materno del usuario, o un *staff* de seguridad prácticamente inapreciable por los consumidores de las *apps*, llegando a advertirse incluso una forma grave de desviación en el caso de alguna aplicación, en la que pueden interpretarse desde los perfiles de los usuarios y los contenidos que manejan, formas de trabajo sexual, presencia indebida e inapropiada de menores e, incluso, venta de sustancias tóxicas, supuestos en los que la inseguridad puede interpretarse o derivarse de la normalización misma de estas situaciones.

Finalmente, también resulta muy llamativo cómo no se produce un tratamiento igual por sexos o por razón de las ocasiones en las que hombres y mujeres se presentan como víctimas de comportamientos reprochables, en materia de medios para denunciar comportamientos que pueden comprenderse desviados por los usuarios. De este modo, se aprecia en algunos casos la mayor inseguridad para las mujeres sobre los hombres, al verse que estos tienen más medios de denuncia que aquéllas, dado que, en ocasiones, su capacidad de protección se limita a la mera acción de “bloqueo de la persona”, a pesar de ser las que de manera sistemática sufren un mayor número de episodios de acoso o actos de violencia física, verbal o sexual.

Esta falta de seguridad, además de perjudicar directamente a los usuarios de las aplicaciones, también genera perjuicios a las propias entidades propietarias de las mismas. De este modo, a título ilustrativo, podría señalarse cómo la circunstancia de que existan perfiles falsos redundan negativamente en la reputación de la *app*, causa un daño reputacional, en tanto que los usuarios pasarán a considerarla insegura y de baja calidad, lo que podrá producir un menor número de usuarios. Es por ello por lo que las

empresas, tanto por la pérdida económica como por la reputacional, deberían ser las primeras interesadas en mejorar sus niveles de calidad y seguridad.

En todo caso, teniendo en cuenta las conclusiones del estudio etnográfico llevado a cabo en el ámbito del Proyecto *Enrolla2. Percepciones de seguridad y actitudes de riesgo en individuos pertenecientes a la Generación X vinculadas al uso de aplicaciones informáticas afectivo-sexuales*, parece plausible la existencia de riesgos graves para los usuarios de las mismas y, por consiguiente, imprescindible dotarles de la necesaria seguridad, lo que debe tener lugar empleando como herramienta específica a tal efecto, la cultura preventiva y la ética corporativa por parte de las entidades titulares de las mentadas aplicaciones.

### **Acerca de la prevención de los riesgos penales y las apps**

Sin ánimo de profundizar en ello en este momento, resulta obligado recordar sucintamente, llegado a este punto y en atención a lo expuesto en el anterior subapartado, como una de las más importantes novedades del Derecho Penal contemporáneo ha sido la incorporación de la responsabilidad penal de la persona jurídica (Almodóvar, 2020; Dopico, 2018a; Simón, 2020), la cual tiene su reflejo en la norma penal sustantiva española con la reforma del Código Penal de 2010 y la posterior de 2015.

Con respecto de este nacimiento de la responsabilidad de la persona jurídica, el *compliance* penal (Bacigalupo, 2011) emergió precisamente como respuesta a este nuevo escenario y como forma de reducción de los riesgos y de prevención de la comisión de comportamientos jurídico-penalmente reprochables en el seno de las empresas, todo ello mediante la promoción de la llamada cultura preventiva, esto es, por medio de una cultura ética y de cumplimiento.

Efectivamente, la norma penal sustantiva establece en su artículo 31.bis, apartado 1, el régimen de responsabilidad de la persona jurídica; en su apartado 2, la exoneración o, al menos, atenuación, de dicha responsabilidad, cuando la entidad haya adoptado, antes de la comisión del hecho delictivo “modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para

reducir de forma significativa el riesgo de su comisión”; y, en su apartado 5, cómo deben ser dichos modelos de organización y gestión.

En este contexto, todo estudio del alcance del *compliance* penal aplicable a una entidad, como lo son las titulares de las *apps* afectivo-sexuales estudiadas, debe llevarse a cabo desde la óptica de permitir que, *ad intra*, obtengan una mayor visibilidad de su manera de hacer, de la forma de ejercer un control efectivo sobre sus actividades, y de la manera de adoptar soluciones correctas sopesando riesgos legales que pueden producirse a consecuencia de las mismas, logrando, en definitiva, detectar fraudes e incidencias en sus procesos o formas de gestión así como los riesgos de ilícitos penales que pueden producirse en torno a su actividad, tanto en el seno de la entidad, como por terceras personas que se relacionen con la misma; y, por otra parte, que, *ad extra*, el *compliance* penal les sirva de aval ante las administraciones, autoridades y clientes o usuarios, como sinónimo de compromiso con la legalidad y con las buenas prácticas empresariales.

En todo caso, debe partirse de la idea de que, a falta de una correcta identificación, análisis y estudio de los principales riesgos de *compliance*, no sólo penales sino también extrapenales, no será posible identificar las obligaciones que en materia de prevención de ilícitos deban adoptarse por la empresa. Es por ello por lo que la organización de la misma debería poder determinar con precisión tanto la normativa aplicable a su actividad, como las obligaciones que afectan a cada una de sus áreas u organización, para a continuación poder adoptar las oportunas medidas de control, en orden a mitigar o minorar sus posibilidades de comisión.

Además de lo anterior, la entidad debería realizar una evaluación de riesgos, tanto penales como extrapenales, teniendo en cuenta sus características y circunstancias internas y externas, al objeto de localizar las situaciones de riesgo de *compliance* y las personas que pueden encontrarse expuestas a las mismas.

La eficacia del correspondiente *Plan de Prevención de Riesgos Penales* se hace depender, en todo caso, de la correcta detección y localización de los riesgos que se derivan de la actividad de la entidad, del correcto diseño y constante mejora y adaptación a la legalidad de los procesos y los procedimientos reguladores de la actividad de la empresa, así como del

funcionamiento a nivel interno de la misma y de sus relaciones con terceros.

En consecuencia, las entidades titulares de las *apps* afectivo-sexuales objeto de estudio, deberían llevar a cabo una correcta medición de los riesgos derivados de su actividad para los usuarios de las mismas, algunos de los cuales se han detallado, y que se producen en el momento actual, según la concreta entidad de que se trate. Tras ese análisis o mapa de riesgos, estas entidades deberían diseñar procedimientos que eliminaran o redujeran al máximo los riesgos presentes, así como establecer formas de control constante de dichos procedimientos, procediendo a su constante adaptación y mejora. Sólo cuando el *compliance program*, esto es, cuando el modelo de organización y de gestión adoptados por las entidades alcanzaran los parámetros definidos en el artículo 31.bis.5 de la norma penal sustantiva, podrían optar a exonerar o, al menos, atenuar, su responsabilidad como persona jurídica, por los ilícitos que pudieran tener lugar en el entorno de su respectiva *app*.

No obstante todo lo indicado, no puede obviarse, de una parte, la limitación que el propio Código Penal establece con respecto de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, que no es otro que limitar los delitos por los cuales podría responder directamente la entidad, a título de autor, lo que lleva a excluir, por ejemplo, de entre los delitos abordados en el presente estudio, el de usurpación de estado civil, no atribuible en ningún caso a las entidades titulares de las aplicaciones por no haberse previsto legalmente, a pesar de que dicho delito tenga lugar en su propia aplicación, si bien por parte de alguno de sus usuarios; imposibilidad de responder penalmente incluso aunque la producción del ilícito acontecido fuera achacable a la entidad por una ineficiencia o insuficiencia de los medios de seguridad implementados y que debieran estar orientados a la eliminación, en este caso, de los riesgos de suplantación de identidad en el entorno de la *app*.

Y, asimismo, de otra parte, tampoco puede obviarse que, para atribuir responsabilidad penal a la persona jurídica, en aquellos casos en los que en atención al delito en particular resultaría posible, sin embargo, para ello deberán concurrir los requerimientos del artículo 31.bis.1, esto es, fundamentalmente, que la persona física actuante esté vinculada a la entidad y lo haga en nombre o por cuenta de la empresa, y en beneficio de esta. Esto no suele darse en la casuística analizada en el estudio etnográfico que sirve de base al presente estudio, debiendo concluirse (al menos

provisionalmente en este momento), al fin, las serias dificultades existentes para achacar responsabilidad penal directa a las empresas titulares de las aplicaciones en caso de no acreditarse debidamente los márgenes legales que le incumben como persona jurídica, en perjuicio de la seguridad de los usuarios de estas.

## CONCLUSIONES

La inicial conclusión del presente trabajo resulta esencialmente del estudio etnográfico realizado en el ámbito del proyecto *Enrolla2. Percepciones de seguridad y actitudes de riesgo en individuos pertenecientes a la Generación X vinculadas al uso de aplicaciones informáticas afectivo-sexuales*, en virtud del cual parece plausible la existencia de riesgos graves para los usuarios de dichas aplicaciones y, por consiguiente, imprescindible dotarles de la necesaria seguridad.

De entre estas situaciones de riesgo detectadas, en el presente trabajo se ha procedido a conocer, con respecto a algunas de ellas (el resto quedarán para un posterior estudio), cuál sería su identificación conforme a las previsiones del Código Penal español, para a continuación hacer un breve análisis jurídico-penal de las mismas. En concreto, se ha centrado esta verificación en los comportamientos consistentes en el *catfish* o la usurpación de identidad, los timos y las acciones de revelación de la intimidad, los cuales, respectivamente, tendrían encaje en las figuras delictivas de usurpación de estado civil (art. 401 CP), estafa (arts. 248 y ss. CP) y descubrimiento y revelación de secreto (arts. 197 y ss. CP), llegándose a la conclusión de que, mientras las estafas y los atentados contra la intimidad son plenamente posibles, identificables con el tipo penal, sin embargo no ocurre así plenamente en el caso del delito de creación de una identidad irreal, pues dicho comportamiento sólo sería relevante como delito de usurpación cuando se llevara a cabo por parte de un usuario una suplantación de la identidad de otra persona, con la que cree estar interactuando otro usuario, pero no cuando tiene lugar la creación de una personalidad irreal, figurada, de cara a entablar relación con otros usuarios.

Parece razonable atribuir a las entidades titulares de las aplicaciones una responsabilidad penal por los riesgos que los usuarios de ellas tienen. Y, de la misma forma, entender que estas empresas podrían quedar exentas o, al menos, atenuar su responsabilidad, cuando tratan de mitigar o reducir al máximo los riesgos que para

los usuarios se producen al emplear las *apps*. Con respecto a este último aspecto, parece, en consecuencia, que el fomento de la cultura de la prevención y la ética empresarial se presenta como una de las mejores herramientas al servicio de los intereses tanto de los usuarios como de las propias entidades.

Si embargo, para poder atribuir responsabilidad penal a una persona jurídica titular de una *app*, no basta con verificar que no haya llevado a cabo una eficaz planificación de los riesgos obrantes en su aplicación, al tiempo que una correcta confección de procesos o procedimientos encaminados a la evitación de que dichos riesgos subsistan o se tornen en daños a los usuarios, todo ello de acuerdo con lo previsto en el apartado 5 del artículo 31.bis de la norma penal sustantiva; para que dicha responsabilidad sea achacable a la entidad de que se trate, se hace preciso, por una parte, que el comportamiento indebido observado en la *app* sea identificable con alguna de las figuras delictivas con respecto a las cuales la persona jurídica puede ser responsable y, de otra parte, que una vez lo anterior, concurren los requisitos y circunstancias que se hallan descritas en el apartado 1 del anteriormente citado artículo 31.bis del Código Penal, esto es, esencialmente, que la persona física actuante esté vinculada a la entidad y lo haga en nombre o por cuenta de la empresa, y en beneficio de la misma.

En consecuencia, no resulta claro y por eso cabe preguntarse en qué casos sería posible la responsabilidad penal de las entidades propietarias de las *apps* afectivo-sexuales, como consecuencia de la omisión de medidas de seguridad para sus usuarios, por las acciones contrarias a la norma jurídico-penal que pudieran llevar a cabo otros usuarios, más allá de ser el contexto en el que se produce el comportamiento de estos sobre aquellos y, tal vez por ello, más allá de un responsable exclusivamente de corte civil frente a las víctimas de estos delitos.

## FUENTES DE INFORMACIÓN

Almodóvar, B. (2020). La responsabilidad penal de las personas jurídicas. En A. Liñán Lafuente (Ed.), *Delitos económicos y empresariales* (pp. 83-106). Dykinson.

Bacigalupo, E. (2011). *Compliance y Derecho Penal*. Aranzadi.

Cordero, R. R., Pérez, J. R., & Silva, A. (2021). La gestión del deseo afectivo-sexual en la crisis de la COVID 19. En A. del Campo Tejedor (Ed.), *La vida cotidiana en tiempos de la COVID* (pp. 201-225). Catarata.

Díaz, J.A. (2010). *El delito de usurpación del estado civil*. Dykinson. 2010.

Dopico, J. (2018a). La responsabilidad penal de las personas jurídicas. En N. Mata Barranco, J. Dopico Gómez-Aller, J. A. Lascuraín Sánchez, & A. Nieto Martín (Eds.), *Derecho Penal Económico y de la Empresa* (pp. 129-168). Dykinson.

Dopico, J. (2018b). Estafa y otros fraudes en el ámbito empresarial. En N. Mata Barranco, J. Dopico Gómez-Aller, J. A. Lascuraín Sánchez, & A. Nieto Martín (Eds.), *Derecho Penal Económico y de la Empresa* (pp. 169-235). Dykinson.

Fernández-Salineró, M. Á. (2022). Tema práctico I: Estafa (arts. 248-251 bis CP). En A. Abadías Selma & M. Bustos Rubio (Eds.), *Temas prácticos para el estudio del Derecho Penal Económico* (pp. 23-48). Colex.

Gómez-Jara, C. (2020). *Compliance penal y responsabilidad penal de las personas jurídicas. A propósito de la UNE 19601. Sistemas de Gestión de Compliance Penal*. Aranzadi.

Gorjón, M. C. (2020). Descubrimiento y revelación de secretos. En C. Armendáriz León & M. Bustos Rubio (Eds.), *Parte Especial del Derecho Penal a través del sistema de casos* (pp. 197-208). Tirant Lo Blanch.

Jorge-Barreiro, A. (2002). El delito de descubrimiento y revelación de secretos en el código penal de 1995: un análisis del artículo 197 del CP. *Revista Jurídica Universidad Autónoma De Madrid*, 6, 99-131.

Liñán, A. (2020). Estafas y otras defraudaciones. En A. Liñán Lafuente (Ed.), *Delitos económicos y empresariales* (pp. 107-132). Dykinson.

Méndez, M. (2019). Los delitos de violencia de género a través de medios telemáticos. En E. Ortega Burgos (Dir.), J. Andújar, B. J. Imbroda, J. A. Tuero, & J. A. Frago Amada (Eds.),





## EL SICARIATO JUVENIL EN EL PERÚ Y LA JUSTICIA RESTAURATIVA

### THE JUVENILE SICARIATE IN PERU AND RESTORATIVE JUSTICE

*Pedro Antonio Huaccho Trujillo*

ORCID: 0000-0001-7577-528X

Universidad Nacional José Faustino Sánchez Carrión  
pedrohuaccho@gmail.com

*Elizabeth Rosmery Huamán García*

ORCID: 0000-0001-8009-4788

Universidad Nacional José Faustino Sánchez Carrión  
elizabethhgarcia76@gmail.com  
Perú

DOI: 10.24265/voxxuris.2023.v41n2.11

Recibido: 16 de julio de 2022.

Aceptado: 13 de enero de 2023.

#### SUMARIO:

- Introducción.
- La reforma del proceso penal.
- La administración de justicia penal juvenil.
- Justicia restaurativa juvenil en el Perú.
- La reinserción de los adolescentes en conflicto penal.
- El sicariato juvenil.
- Conclusiones.
- Fuentes de información.

#### RESUMEN

La norma que regulaba la infracción a la ley penal por el adolescente lo establecía el Libro Cuarto, Título II, Capítulo III del Código del Niño y Adolescentes que, planteaba como objetivo la rehabilitación y reincorporación del adolescente infractor a la sociedad, la que fue modificada por Decreto Legislativo N° 1204, estableciendo tres sanciones en reemplazo de las medidas socioeducativas, las sanciones socioeducativas; las limitaciones de derechos que establecían ciertas prohibiciones y las privativas de la libertad, el incremento de pena de privación de la libertad, que fue observado por Comité de los Derechos del Niño, recomendándole al Estado peruano su derogación.

Camino que recorrió el Estado en busca de solucionar el gran incremento delincencial, especialmente el sicariato juvenil que, por las penas benignas eran utilizadas por el crimen

organizado y como Estado Parte de normas internacionales de derechos humanos se vio obligado a adoptar un sistema de justicia juvenil dentro del marco de las normas internacionales, promulgando el Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes que requería de una implementación suficiente que no puede cumplir el Estado por el escaso presupuesto asignado y que, por lo tanto, ni ha podido resolver la problemática de la delincuencia juvenil, especialmente en lo referente al sicariato, originando debates sobre un posible endurecimiento de las penas y su sanción como adultos.

En ese sentido el presente trabajo pretende investigar los factores que estarían incidiendo para no ser posible una correcta aplicación de la *justicia restaurativa* en la solución del sicariato juvenil.

#### PALABRAS CLAVE

Justicia retributiva, justicia restaurativa, medidas socioeducativas, sicariato juvenil.

#### ABSTRACT

The norm that regulated the infraction of the adolescent on the criminal law was established in the Fourth Book, Title II, Chapter III of the Code of Children and Adolescents, which proposed as an end their rehabilitation and social reincorporation, whose modification through Legislative Decree No. 1204 provided three sanctions to replace socio-educational measures: socio-educational sanctions, the

limitations of rights established by certain prohibitions and deprivation of liberty, the increase in the sentence of deprivation of liberty, which was observed by the Committee on the Rights of the Child, which recommended its repeal to the Peruvian State.

This was adopted by the State in search of solving the great increase in crime, especially juvenile hired killers, which due to their benign punishments were used by organized crime, therefore, to protect human rights, the State developed a system of juvenile justice within the framework of international standards, by enacting the Code of Criminal Responsibility for Adolescents that required a sufficient implementation that the State could not fulfill due to its scarce budget; for this reason, it was not possible to resolve the problem of juvenile delinquency, especially in relation to hired assassins, which originates debates on a possible hardening of sentences and their sanction as adults.

In this sense, this work investigates the factors that prevent a correct application of restorative justice in the solution of juvenile hired killers.

## KEYWORDS

Retributive justice, restorative justice, socio-educational policies, juvenile hired killer.

## INTRODUCCIÓN

Las normas aplicadas a los adolescentes que tienen autoría o participación en hechos punibles que transgreden la ley penal han tenido una influencia dentro de la doctrina de la situación irregular, donde la pena está asociada necesariamente al dolor, la aflicción de la persona y no posee un fin preventivo, se centra en el pasado y su utilidad es muy relativa, lo que sucede con la justicia retributiva que considera a la pena como una retribución al dolor causado por el delito: mal con mal se paga, daño con daño, dolor con dolor, al final tiene un sentido de venganza.

La justicia retributiva centra su aplicación en identificar la culpa para establecer sanciones como retribución al daño que el delito ocasiona, sin otorgarle otra utilidad diferente, el único fin es identificar la gravedad del delito para establecer una gravedad en la pena y la privación de la libertad, sistema de justicia que ha resultado ineficaz por los altos costos del proceso, costos carcelarios y no ha cumplido con su papel de

rehabilitador menos con la atención justa de la víctima, que por su desarrollo evolutivo físico, psicológico es vulnerable.

Ante esta crisis surge la posibilidad de dar una mejor respuesta al tratamiento de delitos penales de adolescentes, una forma más eficiente de enfrentar el conflicto penal y se trata de la justicia restaurativa, que responde a la doctrina de la protección integral propugnada por la Convención sobre los Derechos del Niño, que ofrece alternativas de métodos y programas de solución de conflictos penales a través de la participación conjunta y voluntaria de la víctima, el infractor y la comunidad; de tal forma que en un diálogo abierto y directo el delincuente se sensibilice y reconozca la magnitud del daño causado, lo que permite asumir su obligación de una reparación justa y su arrepentimiento que lo conduce apartarse del camino delinencial ingresando a su rehabilitación y por parte de la víctima, se reduce su re victimización y se logra la satisfacción de sus expectativas.

En esa línea, este trabajo pretende establecer las bondades y beneficios de la aplicación de la justicia restaurativa como medio alternativo de solución de conflictos penales del sicariato juvenil, a través de consulta de trabajos de investigación que tratan de esclarecer su objetivos, características, beneficios y principios sobre los que se edifica la justicia restaurativa, como también hacer referencia sobre las corrientes que apoyan y critican el sistema, sus métodos o programas que hacen efectivo la solución del conflicto penal en forma pacífica y justa.

Finalmente se establece las conclusiones más importantes del tema circunscritas a aclarar qué se entiende por justicia restaurativa, su diferenciación con la justicia retributiva, su utilidad e interés en la solución del conflicto del adolescente con la ley penal, como también para la comunidad.

## LA REFORMA DEL PROCESO PENAL

En Latinoamérica, hasta fines del siglo pasado, prevaleció el régimen procesal penal mixto, tal y como se evidenciaba en los respectivos códigos procesales; no obstante, con el paso de los años, se convirtió en un sistema notablemente inquisitivo, de naturaleza escrita, burocrática y des individualizada que, más que un sistema de administración judicial, representaba un modo de afrontar la realidad, lo que condujo

a rigurosos cuestionamientos y un posterior proceso de reforma procesal penal.

### Características y causas

Según Binder (2019) el sistema de justicia penal lo conforma un conjunto de normas e instituciones a través del cual el Estado ejerce su facultad sancionadora del delito, es decir, aquel que configura el ejercicio del ius puniendi estatal; pero conforme lo señala Calderón (2015) lo ejerce a través de los órganos jurisdiccionales que, con el fin de aplicar una sanción, desarrollan previamente una serie de actos previos, como la instrucción y juzgamiento, denominados proceso penal.

Agrega que, en el sistema inquisitivo, el proceso penal en la persecución del delito, se funda en el poder represivo del Estado que hace uso de medios humillantes para lograr la confesión del acusado y que, siguiendo a Duymovich (2007), el Código de Procedimientos Penales de 1940 fundamentado en el proceso inquisitivo reformado o mixto no pudo atacar la raíz de los actos delincuenciales, por cuanto la pena expresa la venganza sin resolver el conflicto social, fracaso de este sistema de justicia penal expresado en el incremento de la delincuencia, presencia de nuevas formas delictivas y un gran descontento social que obligó al Estado a optar por una reforma procesal penal, basada en un sistema acusatorio, completamente opuesto al inquisitivo, en la persecución, investigación y juzgamiento del delito, expresando nuevas figuras como el Principio de oportunidad y la Terminación anticipada del proceso, que conlleva a institucionalizar la justicia penal negociada, teniendo como protagonistas del conflicto penal a la víctima y a su ofensor, dejando al Estado en un rol mediador, principio de una justicia restaurativa, impuesto a la luz de la Constitución Política y de las normas internacionales de derechos humanos, reforma recogida en el Nuevo Código Procesal Penal de 2004, vigente a nivel nacional.

Respecto a las características, se resaltan las siguientes (MINJUSDH, 2021):

- Un pensamiento netamente formalista que se centra más en las formas que en la resolución de los conflictos.
- Una creencia considerablemente burocrática que se manifiesta en la formación del expediente judicial.

- Una organización administrativa anticuada, ineficaz y costosa frente a los incipientes recursos del Estado.
- Un proceder pusilánime por parte de los jueces y fiscales que se muestran bastante renuentes a cualquier cambio.
- Una cultura prominentemente tradicionalista y poco ingeniosa.
- Un sistema de administración judicial notoriamente influido por el Derecho Canónico.
- Un régimen procesal penal inflexible y poco predispuesto al empleo de mecanismos modernos para la solución de conflictos.
- Un sistema penal que se concibe bajo una “cruzada” contra las desviaciones sociales.

### Modelos procesales

En consonancia con la evolución histórica del hombre, enmarcada en una determinada ideología, religión y carácter social; se desarrolló diversos modelos procesales con características propias del momento histórico-social vivido. Así tenemos los modelos de *Justicia retributiva* y de *Justicia restaurativa*.

#### **El modelo de “justicia retributiva”**

Basta (2004) enseña que Kant ofrece una justicia penal retributiva como principio y criterio de medida de igualdad entre el delito y la pena, igualdad que significa el derecho a la represalia y que es la esencia de la justicia penal. Kant sostiene que el castigo es un padecimiento que tiene que sufrir el delincuente en razón a su delito cometido y que de ello no puede extraerse ningún provecho ni para el mismo delincuente ni para la sociedad, no sirve para promover otro bien, el delincuente es castigado sólo a causa de haber delinquido, no tiene ningún fin adicional por más humano y generoso que se pueda ofrecer, sólo el derecho a la represalia, el ius talionis, puede ofrecer la cualidad y cantidad del castigo, todo lo demás no se adecúa a la pura y estricta justicia.

Cavadino y Dignan (1997) expresan que existe una confrontación en derecho penal entre el utilitarismo y el retribucionismo: el utilitarismo sostiene que la pena tiene un fin teleológico en la esperanza de lograr beneficios posteriores como la reducción de la frecuencia de criminalidad;

mientras que, los retribucionistas plantean que el castigo es de naturaleza a posteriori en razón al castigo impuesto a la conducta criminal realizada, en proporción a la gravedad de la conducta delictiva, al grado del daño causado o a los favores injustamente conseguidos o por la alteración moral causado.

González (2012) afirma que, la justicia retributiva se sostiene en la teoría del castigo como medida moralmente aceptada y adoptada en réplica al delito, sin tener en cuenta o sin importar que este castigo tenga o no resultados beneficiosos tangibles, cuyo objetivo es demostrar delitos, decretar culpas y sancionar con un castigo equivalente al daño producido por el delincuente, cuyo control y tutelaje de los derechos está a cargo de los poderes del Estado, estableciendo la pena como una manera de devolución por el delincuente del daño que ha causado a la sociedad.

La aplicación de la justicia retributiva solo ha traído el incremento de los delitos con la consecuencia de elevados costos de inversión en la administración de las cárceles, que al final sirve de motivación a la escuela del delito y al rencor, ineficaz como medio preventivo, solo efectivo en delitos menores y delincuentes débiles.

La justicia retributiva pretende responder a interrogantes como ¿cuál ley fue afectada? ¿quién lo hizo? y ¿cuáles son las penas que merecen las personas que vulneraron el orden social?; es decir, la justicia restaurativa se centra en preguntas como ¿quiénes fueron afectados?, ¿cuáles son las necesidades de los individuos que recibieron el perjuicio? y ¿quiénes deben satisfacer tales necesidades?

### ***El modelo de “justicia restaurativa”***

Según Sampredo (2010), la justicia restaurativa se contrapone al proceso penal que se basa en un proceso de sanción ante un delito cometido, por cuanto el delito no solo debe ser sancionado por el daño que ocasiona, sino que esencialmente debe repararlo para la sanación de las heridas, es una justicia reparadora que se opone a la justicia sancionadora porque esta se basa en una conducta punible que ocasiona daños concretos a los actores y a la comunidad, mientras que la justicia restaurativa requiere de la participación activa de las víctimas, del delincuente y de los miembros afectados de la comunidad actores como fundamento restaurador de reparación del daño y de la paz social.

Pérez y Zaragoza (2011) señalan que la justicia restaurativa reemplaza el castigo por la aceptación del infractor en la responsabilidad de sus hechos, buscando que las partes involucradas en un delito, colectivamente determinen los métodos o la manera de afrontar y solucionar la reparación del daño, respetando la dignidad y la equidad de los involucrados al construir la comprensión y promover la armonía social basadas en la “sensibilidad, apertura, confianza, esperanza y sanación” de las partes involucradas y de la comunidad.

La Organización de las Naciones Unidas considera a la justicia restaurativa como la participación conjunta y activa de las víctimas, infractores y miembros de la comunidad afectados por la conducta criminal en la solución del hecho punitivo y con la ayuda de un facilitador en la aplicación de programas o métodos restaurativos que concluya atendiendo las necesidades, compromisos y en la reintegración de las partes involucradas.

Geraldes y Serrano (2014) afirman que la justicia restaurativa permite enmendar la incapacidad del Estado de establecer en las normas el protagonismo de la víctima como parte central del proceso y la transferencia a la comunidad del poder del Estado en su rol de colaborador de las partes para la negociación y planteamiento de métodos de solución del conflicto y su prevención.

A su vez, González (2020) considera que el contar con la participación de un equipo interdisciplinario hace que en el proceso restaurativo el infractor tome conciencia de la magnitud del daño que su conducta delictiva ocasionó y que reconozca en su víctima a la persona que sufre por el daño, con derecho a una reparación justa y que ésta valore las reparaciones aun siendo mínimas o parciales se sienta reparada y no dañada y que es reintegrada a su forma de vida anterior al hecho delictivo, para el efecto el método restaurativo cuenta con mecanismos de protección al infractor de una víctima usurera. Además, agrega que al mantener un equilibrio emocional de las partes minimiza los costos del proceso.

La justicia restaurativa, más que oponerse a la retributiva, busca complementarla, incluso permite un equilibrio entre ambas, ya que la justicia retributiva es insuficiente; dado que, únicamente se centra en la pena y deja lado el rol de la víctima, al eliminar la cooperación comunal, en tanto que tiende a la venganza

y el establecimiento del castigo como una herramienta de control de la violencia, a causa del terror y el dolor provocado por la delincuencia (González, 2019).

## LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA PENAL JUVENIL

### Características

#### *Mayoría de edad penal*

La Convención sobre los Derechos del Niño en el inciso 3, literal a) de su artículo 40° obliga a los Estados Partes adoptar medidas apropiadas estableciendo leyes sustantiva y adjetiva, autoridades e instituciones propias para niños, estableciendo una edad mínima a partir de la cual se podrá acusar o declarar culpable de haber transgredido las leyes penales; en consecuencia, la Convención al considerar niño a los menores de 18 años, obliga a los Estados partes de no aplicar las leyes penales de adultos a los menores de 18 años, concordante con ello, el artículo 20° del Código Penal Peruano establece que no tienen responsabilidad penal los menores de 18 años de edad; y que según Mateo (2000), es derecho de cada Estado de acuerdo a su realidad social y respetando el interés superior del niño establecer la mayoría de edad penal para los adolescentes.

Considerando el numeral 1 del artículo 40° de las *Reglas de Beijing*, que recomienda no fijar la edad mínima penal para los menores de edad demasiado temprano a fin de compatibilizarlo con su “madurez emocional, mental e intelectual”, el artículo IV del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes establece en su último párrafo, que para el caso de acusación y sanción por delitos penales, establece que a los menores de 14 años se le aplicarán medidas de protección y para los mayores a esta edad, medidas socio-educativas; por tanto, en Perú la edad para imputar responsabilidad penal a niños y adolescentes, se establece para los mayores de 14 años hasta los 18 años.

Al respecto, Barletta (2022) refiere que, la doctrina, las normas nacional e internacional sustentan por el principio de autonomía progresiva, que los adolescentes no son imputables penalmente por los delitos

cometidos, lo que no quita que sean responsables penalmente, atendiendo que no son sujetos de pleno ejercicio de su capacidad civil a diferencia de los adultos.

#### *Es un sistema especial*

El numeral 5 del artículo 5° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, establece que las niñas, niños y adolescentes deben ser procesados penalmente por un tribunal especial, separados de los adultos y con la mayor celeridad; de la misma manera el numeral 4 del artículo 40° de la Convención sobre los Derechos del Niño y el numeral 3 de la regla 6 de las Reglas de Beijing, establecen para el procesamiento penal de adolescentes se deben contar con órganos especiales y propios, diferentes al de los adultos, preparados y capacitados en derechos humanos del niño y en psicología infantil, que garanticen la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de las medidas ordenadas.

Añade el Comité de Derechos del Niño, en la Observación General N°10, fundamento 97, que los operadores de justicia deben encontrarse en una continua especialización en “desarrollo físico, psicológico, mental y social del niño”; en el caso peruano, en lugares fuera de las ciudades principales, conocen lo penal juvenil los jueces mixtos no especializados, que desconocen los principios del sistema jurídico especial para menores de edad.

Sin embargo, afirma la autora, para las ciudades existe policía, Ministerio Público y jueces especializados en familia, con Juzgados de Familia implementados con Equipos Multidisciplinarios conformados por médicos, psicólogos y asistentes sociales, cuyas funciones son atender los informes solicitados por el Ministerio Público o por los jueces, que determinen no sólo las características y valores del adolescente, sino también los motivos por los que realizaron la comisión de la infracción; y de realizar el seguimiento de las medidas ordenadas, con el fin de proponer las medidas socio-educativa idóneas correspondientes a la realidad personal, familiar y social de los menores de edad infractores, tendientes a garantizar su desarrollo sano y su reinserción socio-familiar.

### **Medida de protección contra lo penal juvenil**

Barletta (2015) refiere que, el sistema jurídico peruano establece, para el caso de persecución de delitos penales de adolescentes, una sanción socioeducativa, considerando que los jóvenes en conflicto con la ley penal proceden de familias que no respetan sus derechos y de sociedades que los excluyen y que dentro de una doctrinas de protección integral, no deben sustentarse en medidas de protección como un mecanismo de control socio-penal, propias de la doctrina de la situación irregular superadas por la Convención sobre los Derechos del Niño.

Diferencia bien marcada por cuanto la medida de protección, está orientada considerando como el fin último la restitución del adolescente de su derecho a la vida y desarrollo integral dentro de una familia funcional; mientras que, en lo penal juvenil, el fin último es el castigo al infractor adolescente para que no reincida en vulnerar las leyes penales buscando a inserción en la comunidad para restablecer el orden social establecido.

Es bueno precisar que la “Directriz 56 de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil” establece que, ninguna conducta no considerada como delito y sancionado cuando lo comete un adulto, tampoco será considerada como tal y sancionada cuando lo comete un adolescente.

### **Derecho penal mínimo**

El adolescente que tiene autoría o participación en hechos punibles que transgreden la ley penal, es considerado sólo como infractor por el artículo 183 del Código de los Niños y Adolescentes, por su moderada responsabilidad penal en el hecho debido a su proceso gradual en el desarrollo de su madurez que no le permite tener conciencia plena de las consecuencias de dichos hechos.

En ese sentido, Beloff (2019) refiere que, en materia de culpabilidad y dolo, el adolescente debido a su desarrollo holístico, que no le permite tener conciencia del daño que causa su accionar, carece de responsabilidad plena en la comisión de delitos, siendo solidariamente responsables, la familia y la sociedad por no resguardar en forma efectiva los derechos del

adolescente; y el Estado por no implementar políticas sociales preventivas.

Barletta (2015) señala que, el derecho penal mínimo se sustenta jurídicamente por cuanto el sistema penal genera daños irremediables en el adolescente, así lo considera la normatividad internacional al establecer que el derecho penal ocasiona amenaza gravemente a la salud y al desarrollo holístico del adolescente; en consecuencia, su aplicación sólo se justifica si está dirigido a un fin educativo y a satisfacer el requerimiento de la víctima por el daño sufrido, por lo que la sanción penal constituye la última ratio.

### **Principios de la especialidad penal juvenil**

#### **Principio del adolescente como sujeto de derechos**

Barletta (2015) explica que, este principio determina el ejercicio progresivo de los derechos del adolescente como sujeto de derecho que es, pero también su consiguiente cumplimiento de sus deberes y obligaciones, todo en función de su capacidad evolutiva, de tal forma que el ser imputable o no dependerá de su edad y capacidad de discernimiento o madurez, siendo obligación del Estado brindarles medidas especiales de protección e instrumentos legales que no obstaculicen la construcción de su identidad.

#### **Principio del interés superior del adolescente**

Es importante la interpretación del *principio del interés superior del adolescente* en el campo del derecho penal juvenil porque permite el respeto de sus derechos, que como sujeto de derecho le corresponde, especialmente cuando se confronta con los derechos de otras personas, o cuando se adoptan medidas especiales de protección que resguardan sus derechos y garantías de adolescente infractor como el derecho a su libertad personal, o cuando el juez tiene que decidir la participación del adolescente en el proceso penal respectivo, o la participación de los padres o de su representante salvo que sea perjudicial a su interés superior o cuando tiene que decidir por la limitación al principio de publicidad en resguardo de su identidad y repercusiones en su vida futura, lo cual no se respeta en situaciones de gravedad, como en el caso de sicariato donde los medios

de comunicación vulneran el derecho a la protección de su identidad como principio del interés superior del adolescente. (Barletta,2015)

### **Principio de igualdad y no discriminación**

El Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes (2012) considera fundamental este principio para los casos de responsabilidad penal juvenil, especialmente en los temas de las acciones afirmativas y de las discriminaciones estructurales que en ocasiones sufren los adolescentes, por cuanto la igualdad de trato que tienen todas las personas sin ninguna distinción, es una norma de carácter perentorio, que por temas de insuficiencia de recursos no se justifica que el principio de especialidad del sistema penal juvenil no sea aplicado en zonas rurales formas discriminatorias en relación con las zonas urbanas donde se observa el respeto a las garantías y salvaguardas propias de un proceso especializado; en consecuencia es obligatorio identificar y eliminar en toda norma sustantiva o adjetiva elementos discriminatorios y comportamientos inequitativos de los operadores de justicia en los sistemas de justicia penal juvenil.

Barletta (2015) sostiene que, es una constante que la aplicación del sistema de justicia penal juvenil sea para jóvenes que proceden de familias disfuncionales, que por su carecer de soporte no pueden brindar soporte al adolescente infractor, en ese sentido se hace necesarios tratos diferenciados acorde con los antecedentes individuales del adolescente infractor a fin de identificar causas de riesgo para asumir una posición protectora especial para cada caso.

## **JUSTICIA RESTAURATIVA JUVENIL EN EL PERÚ**

### **Marco legal internacional**

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2015) señala que, el concepto de *corpus iuris* del derecho internacional de los derechos humanos en materia de niñez, es el conjunto de mecanismos internacionales de contenido y efectos jurídicos, interrelacionadas y destinadas a garantizar los derechos humanos de los niños y adolescentes, que, en materia

de justicia juvenil, ratificado por el Estado peruano, según Alburqueque (2017) son:

### **El Comité de los Derechos del Niño**

El Comité de los Derechos del Niño en la Observación General N° 10 (2007) considerando la enorme diferencia en el desarrollo físico, psicológico, emocional y educativa entre el niño y el adulto, la imperiosa necesidad de dotar de instrumentos especiales de protección distintos a los del adulto, estableció un modelo de justicia juvenil que lo denominó restitutiva y que la doctrina lo bautizó como restaurativa, declarando que los niños al ser sujetos de derecho, adquieren sus responsabilidades jurídicas-penales gradualmente, a determina edad, tan distinta a la responsabilidad penal del adulto que requiere la inclusión de mecanismos de desjudicialización y especialización del sistema de justicia penal juvenil que contemple medidas socioeducativas y que para el caso de privación de la libertad deben ser excepcionales y sólo para infracciones más graves y se haya descartado toda sanción menos gravosa.

### **Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing)**

Establece que, un proceso penal para menores de edad debe ser muy diferente a lo establecido para el adulto, que los actos considerados como delitos para los adultos no lo son para los infantes y adolescentes, sino que deben ser considerados como de peligro para el orden social establecido, brindándoles al infractor de condiciones económicas y sociales que garanticen su reinserción en la sociedad.

### **Reglas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de libertad (Reglas de Tokio)**

Establece que, es importante garantizar un equilibrio entre los derechos del infractor adolescente, de su víctima y de la sociedad, teniendo en cuenta que las medidas alternativas a la privación de la libertad impactan positivamente en la colaboración del infractor, como también en su resocialización y reinserción social, siendo importante para su logro la participación de la sociedad en la

justicia penal juvenil, fomentando medidas de reinserción social para el infractor.

### ***Reglas para la protección de menores privados de libertad (Reglas de la Habana)***

Determina que, se debe agotar medidas alternativas antes de decidir por la prisión o pérdida de libertad que es una medida de última ratio y en caso de que el menor de edad haya sido privado de su libertad se le brindará medios que aseguren su integridad física, mental y su salud en forma integral.

### ***Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de RIAD)***

Sustenta la creación de un ambiente familiar que permita el desarrollo holístico del niño, de tal forma que la familia se constituya en un espacio de control social informal y que junto con espacios urbanos que fomenten la participación de los niños y adolescentes se construya gradualmente el concepto de ciudadano para su identificación e inserción social.

### ***Convención Americana de los Derechos Humanos (CADH)***

La Convención Americana de los Derechos Humanos, en el artículo 19 determina la responsabilidad que tiene la familia, sociedad y Estado de garantizar el derecho a medidas especiales de protección que requiere el niño y adolescente, que según la Corte Interamericana de Derechos Humanos debe entenderse que el estado asume la obligación de garantizar medidas especiales para el ejercicio del derecho a participar en los procesos judiciales en defensa y disfrute de los demás derechos que como sujeto de derecho le son inherentes, y que por el principio de legalidad previamente deben demarcarse las conductas, sanciones, penas y toda medida de las acciones que constituyen delito cometido por menores de edad, como también de protegerlos de prácticas judiciales arbitrarias.

### ***Directrices de Viena***

En Viena se desarrolló las directrices de acción sobre el niño en el sistema de justicia penal, planteando por primera vez

en forma taxativa la aplicación de la justicia restaurativa como una medida alternativa a la privación de la libertad del menor de edad, que requiere de cuidados especiales por su condición de vulnerabilidad y fragilidad para protegerlos de efectos perjudiciales que impiden su resocialización y de ser el caso de estar privado de su libertad, será necesario regular su protección, en resguardo de su integridad física, de su salud, de su dignidad humana y de su vida.

### ***Declaración de Lima sobre justicia juvenil restaurativa***

La Declaración de Lima producto del Primer Congreso Mundial sobre Justicia Juvenil Restaurativa realizado en Lima en noviembre del 2009, establece que la *justicia juvenil restaurativa* deberá aplicarse como una medida alternativa, durante todo el proceso de justicia juvenil, incluso para procesos de delitos graves sin recurrir a un proceso judicial, como una forma de lograr reparar el daño causado por la conducta del infractor, tanto individual como socialmente, para el efecto deberán participar activamente el infractor, la víctima y miembros de la comunidad, generando un impacto positivo al lograr la conciliación del infractor con su víctima y con la sociedad, logrando su reintegración y que asuma un rol constructivo dentro de la sociedad. Para el efecto, los Estados deberán implementar con relación a los niños en conflicto con la ley penal, el derecho a la presunción de inocencia, el derecho a ser informado sobre los cargos formulados, derecho a contar con un asesor legal, derecho a no declararse culpable, el derecho a respetar su privacidad durante todo el proceso, derecho a una autoridad competente, imparcial e independiente que resuelva el caso con celeridad.

### ***Legislación nacional***

La imputabilidad desarrollada por nuestra legislación está basada en la edad de la persona incurso en un hecho delictivo, adoptando para tal fin una edad límite de 18 años, de tal forma que los menores de 18 años son inimputables, no pueden ser merecedor de una sanción penal.



En ese sentido, el artículo 20° del Código Penal establece que los menores de edad son inimputables por no tener capacidad de discernimiento que le permita identificar la ilicitud de su actuar y de adecuar su comportamiento al respeto de una norma.

A inicios del año 2017, se promulgó el Decreto Legislativo N° 1348 que aprobó el Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes, fundamentada en el principio acusatorio cuyos contenidos destacables son:

- **Responsabilidad penal especial o medidas socioeducativas:** Determina que el adolescente entre los 14 y 18 años tiene derechos y obligaciones y responden por la comisión de una infracción a la ley penal en consideración a una responsabilidad penal especial que atiende su edad y característica personales del adolescente, en virtud del cual obliga la aplicación de medidas socioeducativas que pueden ser no privativas de la libertad o con internamiento en un “Centro Juvenil”.
- **Creación de juzgados especiales:** Mediante esta norma se crean los juzgados especializados con competencia para procesos a adolescentes, de tal manera que la investigación y la etapa intermedia estará a cargo del Juzgado de Investigación Preparatoria del Adolescente, y el juicio oral por las instancias de juzgamiento del adolescente; de ese modo, serán responsables de las impugnaciones las Salas Penales de las Cortes Superiores de Justicia que correspondas; y de las casaciones la Sala Penal de la Corte Suprema.
- **Medidas de coerción procesal:** Cuando el adolescente infractor no asiste por cualquier motivo a las audiencias, el juez para garantizar su asistencia puede hacer uso de medidas coercitivas procesales como la detención que no puede durar más de 24 horas. También puede optar por otras medidas como el impedimento de salida al exterior, impedir toda gestión laboral, decidir por una internación preventiva cuando exista razones justificadas, pudiendo evaluarse la internación en domicilio o una comparecencia.
- **Desarrollo del proceso:** Consta de una primera etapa de investigación, una intermedia de evaluación de pruebas y de un juicio oral, pudiendo optar por un proceso de terminación anticipada cuando

el adolescente acepta su responsabilidad del hecho ante el fiscal a cargo.

- **Otras alternativas para el proceso:** A fin de no realizarse un proceso judicial el fiscal puede optar por el recurso de remisión, enviando al infractor a un programa de orientación restaurativo, cuando la infracción es leve. También se tiene el acuerdo preparatorio mediante el cual el infractor frente a su víctima acepta el daño que su conducta ocasionó y asume un compromiso de repararlo a satisfacción de la víctima. Además de todo ello se cuenta con un mecanismo relevante, el mecanismo restaurativo mediante el cual el fiscal o el juez autorizan a un conciliador especializado a establecer un diálogo entre el infractor y su víctima.
- **Cuando el infractor internado cumple la mayoría de edad:** En caso el infractor cumpliera la mayoría de edad durante su internación, ya no será transferido a un centro penitenciario y deberá permanecer hasta cumplir con la medida establecida en el Centro Juvenil.

### Manifestaciones de justicia retributiva en el sistema penal juvenil

- **La remisión:** El artículo 206° del Código del Niño y Adolescentes, ya derogado, establecía que, para infracciones leves el fiscal podía disponer la remisión a programas de orientación supervisadas por PROMUDEH con el compromiso de su cumplimiento por parte del adolescente o de los responsables, estando ahora regulada en el artículo 129° del Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes, como una medida alternativa para evitar la acción penal para casos de infracciones leves, brindándoles la remisión a programas de orientación con enfoque restaurativo por un tiempo no mayor a 12 meses, siempre en cuando sea del consentimiento del adolescente y su familia y que exista condiciones personales y familiares que garanticen la reparación del daño, que en la práctica es muy limitada por desconocimiento de la norma, falta de equipos interdisciplinarios y de instituciones que dirijan los programas de orientación con enfoque restaurativo; pero que no son aplicables para casos de infracciones graves.
- **Compromiso de reparación de daño:** El acuerdo entre la víctima y el adolescente

para la aplicación de esta herramienta restaurativa lo establece el artículo 137° del Código de Responsabilidad Penal del Adolescente, mediante el cual el infractor reconoce el daño producido al patrimonio de la víctima por efecto de su conducta infractora, siempre en cuando no haya dañado su integridad o su vida, comprometiéndose a repararlo o a resarcir el daño mediante un servicio que debe prestarlo en beneficio de la víctima, con la dirección y apoyo de un conciliador o mediador autorizado por el fiscal o juez competente, quien debe tener el cuidado que el trato no sea inhumano y degradante para el infractor. No está permitido su aplicación para casos de infracciones graves.

- **Medidas socioeducativas:** Las medidas socioeducativas son propios del modelo garantista que busca evitar la judicialización de los actos del infractor juvenil y su reclusión en un centro penitenciario, cuya característica es su función pedagógica orientadas a promover la reintegración y su actitud constructora en la sociedad. El Código de Responsabilidad Penal del Adolescente regula una serie de medidas socioeducativas como la amonestación, libertad asistida, la prestación de servicios a la comunidad y libertad restringida, perteneciendo a la justicia juvenil restaurativa los servicios que el infractor se compromete en ejecutar a favor de la comunidad o los que ejecuta en favor de la víctima, acciones que tienen un impacto positivo en el cambio de conducta del adolescente infractor.

### La justicia restaurativa juvenil en el Perú

La Fundación *Terre des Hommes Lausanne* (Tdh-L, Suiza) introduce a finales del 2004 la justicia restaurativa en el Perú mediante un proyecto piloto de justicia juvenil restaurativa con la participación de diversas instituciones del Estado y de la sociedad civil y el asesoramiento de especialistas extranjeros, que después de 4 años de puesta en aplicación arrojó resultados positivos, evidenciándose un incremento de la remisión fiscal, el acompañamiento y asesoramiento profesional al adolescente infractor, la participación de la familia y comunidades, la reunión del infractor con su víctima mediante la mediación penal, especialización de operadores de justicia, recolección y publicación de materiales pedagógicos; de tal manera que en el año 2010 este proyecto piloto se transformó en el “Programa

Nacional de Justicia Juvenil Restaurativa” que por sus valiosos resultados es acogido en el año 2016 por el “Programa de Prevención Estratégica del Delito” del Ministerio Público, dando nacimiento a la “Línea de Acción Justicia Juvenil Restaurativa.”

El Ministerio de Justicia participó en la capacitación de los operadores de justicia y defensores públicos en justicia restaurativa, la Academia de la Magistratura y la Escuela del Ministerio Público ofrecieron cursos de especialización en justicia restaurativa, así como también colaboraron los ONG, Defensoría del Pueblo y Gobiernos locales y regionales.

Nada fácil ha sido la implementación y aceptación de la justicia restaurativa en el Perú por la frontal confrontación del periodismo y de algunos congresistas y líderes políticos, para que en el año 2017 se promulgara el Decreto Legislativo N° 1348, Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes, cuerpo normativo que establece el encuentro de la víctima, para buscar la reparación del daño que le ha causado la infracción, con su agresor quien reconoce su responsabilidad en el hecho y asume un compromiso de reparar el daño, a efectos de superar los impactos negativos de la infracción y de prevenir la comisión de futuras infracciones, mediante un conciliador o mediador que es un miembro del equipo interdisciplinario.

En los procesos el Código de los Niños y Adolescentes actualmente se viene aplicando para los casos seguido contra el adolescente infractor de la ley penal, siendo el Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes de aplicación solo para establecer las medidas socioeducativas que deben adoptarse y de su ejecución.

### LA REINSERCIÓN DE LOS ADOLESCENTES EN CONFLICTO PENAL

#### Características de las medidas socioeducativas

- **Discrecionalidad:** No existe conexión entre la infracción ejecutada y la medida socioeducativa que debe aplicarse, tal como existe en los procesos penales para adultos, recurriéndose a la discrecionalidad del juez para que pueda decidir por la medida socioeducativa que corresponda al hecho delictuoso probado, teniendo en cuenta las características personales y socio familiares del infractor; siendo necesaria para optar por la medida apropiada, contar con herramientas que permitan valorar correctamente el riesgo evitando causar factores criminógenos.

- **La inexistencia de mínimos legales:** La normatividad no establece un mínimo de sanción legal, lo que deja a la discrecionalidad del juez para su adopción y solo existe un máximo para la aplicar la medida socioeducativa; en ese sentido, la discrecionalidad del juez siempre resulta probable de incurrir en una arbitrariedad, cuando para una misma infracción varíe la sanción sin la presencia de criterios objetivos que lo justifiquen y que se puede verificar mediante el cruce de información. Cuando la privación de la libertad es por un plazo muy corto de tiempo, como para casos de infracción no grave, resultan controvertido; porque lo apropiado hubiese sido optar por una medida socioeducativa no privativa de la libertad.
- **Prescripción:** Según el Código del Niño y Adolescentes la persecución y la aplicación de medidas socioeducativas para los adolescentes en conflicto con la ley penal, prescribe a los dos años para el caso de comisión de delito y de seis meses para faltas consideradas en el código Penal.

### **Finalidad de las medidas socioeducativas**

Las medidas socioeducativas tienen por finalidad la rehabilitación del adolescente infractor, de lograr su recuperación, restablecimiento en el logro de su desarrollo holístico a fin de reinsertarlo a su vida socio familiar y prepararlo para que no vuelva a reincidir, más por el contrario se vuelva en un agente activo en la construcción de la sociedad, en consecuencia, los conduce a la restitución de sus derechos suspendidos a causa de su infracción, que en el caso de adolescentes no genera antecedentes penales, judiciales y policiales.

### **Medidas socioeducativas en nuestro ordenamiento jurídico**

#### **A. Medidas socioeducativas no privativas de libertad**

- **Amonestación:** Es eficaz para infracciones muy leves, por ello su presencia en la mayoría de legislaciones juveniles y que de acuerdo al artículo 158 del Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes, la amonestación es una advertencia del juez al adolescente infractor exhortándolo a no volver a infringir la leyes y a los padres, tutores o responsables de los adolescentes a ejercer un mejor control en el comportamiento del adolescente, para el efecto, refiere García (2016), el juez

debe hacer uso de un lenguaje simple para que el adolescente y sus padres puedan comprender la ilicitud de su conducta y las consecuencias jurídicas que acarrearía si volviera a reincidir en la infracción.

- **Libertad asistida:** Esta medida consiste en conceder libertad al adolescente infractor y someterlo a programas educativos para recibir orientación por parte de especialistas en tratamiento de adolescentes con una duración de 6 a 12 meses, programas que pueden ser ejecutadas por entidades públicas o privadas quienes deben informar trimestralmente al juez del cumplimiento de la medida socioeducativa y que deben ser supervisadas por el Servicio de Orientación del adolescente. Esta medida de corte pedagógica preventiva está orientada a su desarrollo holístico para lograr un cambio de actitud que le permita su eficaz reinserción en la sociedad.
- **Prestación de servicios a la comunidad:** Esta medida socioeducativa es la expresión propia de la justicia restaurativa, que consiste en realizar tareas gratuitas de interés comunitario en entidades o instituciones públicas o privadas autorizadas por los centros juveniles y que deben guardar relación con las aptitudes del infractor, donde las labores deben realizarse con el consentimiento del infractor y deben estar relacionados con el bien jurídico dañado que le permita al adolescente comprender la negatividad de su conducta ilícita cometida.
- **Libertad restringida:** A diferencia del servicio comunitario esta medida se cumple debido a una sentencia, que consiste en que el adolescente debe asistir diaria y obligatoriamente a programas formativo-educativo con el fin de orientar y controlar sus actividades y que se ejecutará a través del Servicio de Orientación del adolescente o en instituciones públicas o privadas y que deben informar trimestralmente al fiscal o juez de la evaluación y resultado de los programas.

#### **B. Medida socioeducativa privativa de libertad**

Es una medida socioeducativa excepcional que priva la libertad del adolescente infractor y que es una medida de última ratio, que debe aplicarse cuando los hechos sean tipificados como dolosos y sancionados por el Código

Penal con penas privativa de la libertad no menor de 6 años, siempre en cuando hayan puesto en peligro la vida e integridad física-psicológica de las personas o por el incumplimiento reiterado e injustificado de otras medidas socioeducativas impuestas o en la reiteración de otras infracciones. .

## EL SICARIATO JUVENIL

### Teorías de la delincuencia juvenil

Según Aebi (2013), las teorías que tratan de explicar el fenómeno de la delincuencia juvenil son:

- A. *Teorías de la elección racional:* Corresponde a la criminología clásica sostiene que la delincuencia se origina en la voluntad del hombre sin importancia prioritaria del medio social, es decir es el hombre que racional y libremente elije sus actos de acuerdo a su interés y asumiendo toda la responsabilidad.
- B. *Teoría social de la desorganización:* La influencia del positivismo llevó a determinar que el origen de la delincuencia juvenil está en la cultura, donde se produce el quiebre de las relaciones familiares y sociales, que produce un incremento desproporcionado del individualismo cuyo efecto es la falta de valores, de esta manera familias en estado de desorganización producirán hijos propensos a la delincuencia.
- C. *Teoría de la tensión:* Se sustenta en las investigaciones de Robert Merton quien sostiene que para tener éxito ya existe un camino aceptado por la sociedad y que la delincuencia es causa de los obstáculos que los adolescentes encuentran al recorrer dichos caminos y que no logran el éxito, estos obstáculos son la pobreza, la falta de oportunidades.
- D. *Teoría de subculturas:* Relacionada con la teoría de la tensión, sostiene que la falta de éxito lleva a los jóvenes a agruparse estableciendo subculturas que luego se convierten en subcultura delincuenciales, con sus propios valores, normas patrones de conducta y estilos de vida, opuestos a

valores y normas que la sociedad tiene por aceptada.

- E. *Teoría de asociación diferenciada:* Sostiene que, ante la existencia de un grupo dedicado a la delincuencia, el joven es captado para formar parte del grupo o puede hacer suya la escala de valores del grupo, al ser sometido a una presión social por las simuladas ventajas sociales, ganancia económica y otros, y que incluso después de adquirir habilidades puede formar su propio grupo.
- F. *Teoría del etiquetado:* Se fundamenta en que el adolescente al ser tildado constantemente de delincuente por la sociedad se interioriza con dicha etiqueta y comete delitos, para luego buscar a otros jóvenes que él cree que son sus similares formando grupos delincuenciales.
- G. *Teoría del aprendizaje social:* Sostenida por Ronald Akers, fundamenta que el origen de la delincuencia se encuentra en la imitación o modelación del joven de los patrones de comportamiento de grupos delincuenciales de su entorno; es decir para esta teoría es importante el entorno social y familiar del adolescente quien emitirá normas y valores evaluados a grupos de su entorno.

### El perfil del sicario juvenil

Martínez (1993) sostiene que, el sicario juvenil procede de una familia de condiciones económicas pobre, sin ocupación con deficiente estudios, con padres de poca preparación, sin empleo o subempleadas, de madre soltera o abandonada, con padres ausentes, donde impera ambientes flexibles, de poca o escasa autoridad por lo que forman un código de conducta propio al no comprender las normas y valores, con actitudes de autoprotección, no tiene afán de conservar su vida porque es consciente que no tiene oportunidades en la vida, una conducta destructora de lo instituido, con un marcado escepticismo ante la vida por la carencia de un futuro que percibe y a la escasa posibilidad de vivir dignamente, tiene poca valoración a la vida de las personas, ausencia del miedo a morir de joven, actitud normal de actuar contra toda norma respondiendo a su propio código

de conducta y al de su grupo, es desconfiado ante las personas y la sociedad, se emocionan ante la violencia, motivados a toda aventura que signifique un buen ingreso económico que le permite salir de la pobreza, problema para amar y con alto sentimiento de venganza.

En las familias donde impera la violencia y la delincuencia, los niños adoptan una personalidad con modelos de conducta antisocial y son muy conflictivos, groseros, bruscos, violentos, agresivos, mayormente con trastornos psicóticos.

El sicario juvenil procede de una familia donde prevalece la ausencia física y emocional de los padres, el niño crece en un abandono total, sin afecto y comunicación con los padres en contacto con influencias negativas, no conocen el amor, la compasión, son indolentes ante el sufrimiento, no tienen remordimientos, encuentra satisfacción en golpear y molestar a otros, es mentiroso y manipulador y cuando los padres son complacientes llegan a un trastorno psicótico.

### **La sanción como adultos**

Monzón (2018) refiere que, el gran incremento del sicariato juvenil vinculado a organizaciones criminales abrió un debate sobre el posible endurecimiento de las penas y su sanción como adultos, pronunciándose en favor de dichas medidas José Luís Pérez Guadalupe, ex ministro del interior; Eduardo Pérez Rocha, ex director de la PNP; el ex Presidente del Poder Judicial, Enrique Mendoza Vásquez planteó a las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia analizar la posible disminución de la edad mínima de 18 años a 16 años para sancionar a los adolescentes como adultos.

Posiciones opuestas se hicieron presentes, como la de Verónica Henry, en representación de la ONG 'Fundación Tierra de Hombres' quien sostiene que el incremento de la pena no soluciona la delincuencia, tal como ocurre en los Estados Unidos donde existe la pena de muerte, que no puede tratarse al adolescente como adulto de la misma que al sicario juvenil con otros menores de edad que cometen delitos comunes, que no se trata de reducir la edad para sancionar al sicario juvenil como adulto, sino que el Estado haga frente a su origen con políticas económicas y sociales, tal como lo afirma Iván Meini, director de estudios de la Facultad de Derecho de la PUCP, que una manera de hacer

frente al sicariato juvenil es planteando políticas públicas de prevención y rehabilitación, así se redujera la edad mínima a 15 años, las organizaciones criminales lo utilizarían a menores de 14 años, entonces, así no se estaría enfrentando efectivamente al sicariato juvenil, se estaría arraigando el problema; en ese mismo sentido se pronunciaron Roberto Chiabra, ex ministro de Defensa, y María Barletta, miembro del proyecto "Niñez sin rejas."

Recientemente, en aquel entonces ministro de Justicia, Aníbal Torres indicó en una conferencia de prensa, que en gran parte de los países desarrollados la imputabilidad penal para menores de edad empieza entre los 16 y 14 años de edad, debiendo el Perú adoptar tal criterio.

Reducir la edad de imputabilidad penal para los menores de edad significaría una transgresión a las obligaciones que el Estado peruano se comprometió como Estado Parte de la Convención sobre los Derechos del Niño, que en su artículo 40 establece que el niño investigado o declarado culpable de infringir las leyes penales deberán ser tratados respetando su dignidad, derechos humanos, teniendo en cuenta su edad y promoviendo su reintegración y dotándole de condiciones para desempeñar un rol constructivo en la sociedad.

De igual forma estaría incumpliendo con sus obligaciones asumidas con otros instrumentos internacionales, como el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, en cuanto el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas (2019), en su Observación General N° 24 reconoce que al niño se le debe aplicar un sistema distinto, diferenciado e individualizado, por cuanto el sistema de justicia penal los perjudica limitando condiciones que impiden convertirse en ciudadanos responsables.

### **Las modificaciones al sistema penal juvenil**

La norma que regulaba la infracción a la ley penal por el adolescente lo establecía el libro Cuarto, Título II, Capítulo III del Código del Niño y Adolescentes que planteaba como objetivo la rehabilitación y reincorporación del adolescente infractor a la sociedad, pero sin establecer un procedimiento específico para su aplicación, teniendo como aporte al sistema judicial penal juvenil la autonomía y especialización, de tal manera que los encargados en materia de infracción penal juvenil le correspondía a tres

juzgados de familia de la Corte Superior de Justicia de Lima.

El Decreto Legislativo N° 1204, modificaba el Capítulo VII, Título II del Libro Cuarto del Código de los Niños y Adolescentes, estableciendo tres sanciones en reemplazo de las medidas socioeducativas, las sanciones socioeducativas; las limitaciones de derechos que establecían ciertas prohibiciones y las privativas de la libertad. Dentro de la privativas de la libertad, modificó el tiempo de internación considerando para infracciones graves, entre 4 y 8 años para adolescentes entre los 14 y 16 años de edad; de 6 a 10 años para adolescentes entre los 16 y 18 años de edad.

El Comité de los Derechos del Niño (2007) en su observación general número 10 recomendó al Estado peruano derogar el Decreto Legislativo N° 1204 y adoptar un sistema de justicia juvenil dentro de los principios de la Convención y otras normas internacionales.

En ese sentido, se promulga el Decreto Legislativo N° 1348, Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes, autónomo por sus fundamentos; principios, como el *Interés superior del niño*, el principio educativo, el principio pro infante; y mecanismos de aplicación, que requiere de profesionales con capacitación especializada para que el juez con el apoyo de equipos interdisciplinarios, imponga una medida idónea que repercuta en su educación, formación e inserción social, buscando que cause la menor angustia y afectación de sus derechos.

Considerando para ello la situación de su participación y las condiciones psicológicas, familiares y sociales; de tal manera que el infractor repare el daño causado, que ejecute actividades comunitarias, que se prepare profesionalmente y solo cuando la infracción es grave y como última ratio establecer la pena privativa de la libertad por el menor tiempo posible, que de manera general será de 1 a 6 años y para hechos graves de 3 a 5 años para adolescentes de 14 a 16 de edad y de 4 a 6 años para adolescentes de 16 a 18 de edad; a excepción de sicariato, violación sexual de menor de edad que provoque muerte o lesión grave y por terrorismo, que será de 6 a 8 años para adolescentes de 14 a 16 de edad y de 8 a 10 años para adolescentes de 16 a 18 de edad.

## CONCLUSIONES

- La justicia restaurativa conceptúa al delito como un conflicto entre la víctima, el infractor y la comunidad del entorno, diferente al concepto de la justicia retributiva o tradicional que lo considera como un conflicto entre el delincuente y el Estado.
- El Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes enmarcada dentro de la justicia restaurativa busca reparar el daño causado a la víctima como el reconocimiento de la responsabilidad del adolescente infractor y su compromiso de repararla.
- Se pretende desjudicializar el proceso aplicando medidas socioeducativas acompañados de programas educativos con el fin de que reconozca la ilicitud de su conducta y se prepare para su reinserción eficaz.
- Debido a su condición de persona en desarrollo los menores de edad adquieren progresivamente la capacidad de discernimiento, por lo que no pueden ser imputables de los hechos cometidos en contra de la ley penal y no se les puede aplicar la ley como a los adultos.

## FUENTES DE INFORMACIÓN

Aebi, M. F. (2013). Teorías criminológicas aplicadas a la delincuencia juvenil. *Fundación para la Universitat Obertade Catalunya*: España. [http://openaccess.uoc.edu/webapps/o2/bitstream/10609/75546/4/Delincuencia%20juvenil\\_M%20C3%B3dul%2020Teor%C3%A1das%20criminales%20aplicadas%20a%20la%20delincuencia%20juvenil.pdf](http://openaccess.uoc.edu/webapps/o2/bitstream/10609/75546/4/Delincuencia%20juvenil_M%20C3%B3dul%2020Teor%C3%A1das%20criminales%20aplicadas%20a%20la%20delincuencia%20juvenil.pdf).

Alburquerque, J. (2017). Análisis de las medidas socioeducativas impuestas a adolescentes infractores previstas en el nuevo Código de Responsabilidad Juvenil. [Tesis de licenciatura en Derecho. Universidad de Piura.] <https://hdl.handle.net/11042/3433>.

Barletta, M. C. (2015). La justicia penal juvenil en el Perú: Un aporte para la construcción de un sistema penal garantista y de reinserción sociofamiliar. *Oficina Internacional Católica por la Infancia – BICE*: Arequipa. <https://docplayer.es/83405725-La-justicia-penal-juvenil-en-el-peru-un-aporte-para-la-construccion-de-un-sistema-penal-garantista-y-de-reinsercion-sociofamiliar.html>.

- Barletta, M. C. (2022). El principio de proporcionalidad en la justicia penal juvenil. *Actualidad Penal*, 92, 33-54. <https://actualidadpenal.pe/revista/edicion/actualidad-penal-92/el-principio-de-proporcionalidad-en-la-justicia-penal-juvenil>.
- Basta, D. (2004). La justicia penal en Kant. *ENDOXA*, 1(18), 283–296. <https://doi.org/10.5944/endoxa.18.2004.5091>.
- Beloff, M. (2019). Otra vez la edad: sobre la necesidad de tomarse en serio la justicia juvenil. *Revista "Comunicarnos"*, 19, 172, 2-5.
- Binder, A. (2019). "La nueva justicia penal de América latina. Etapas y desarrollo del proceso de cambio". Ad-hoc: Buenos Aires.
- Calderón, A. C. (2015). "El ABC del Derecho Procesal Penal". Editorial San Marcos: Lima.
- Cavadino, M. y Dignan, J. (1997). The Penal System: An Introduction. 2ª Edición. Editorial Sage: Londres.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2015). Violencia, niñez y crimen organizado. Organización de los Estados Americanos. <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/violencianinez2016.pdf>.
- Duymovich, I. M. (2007). La reparación integral como mejor alternativa de satisfacción a la víctima: Experiencias de la justicia restauradora en casos de delincuencia juvenil y violaciones a los derechos humanos. *Instituto de Ciencia Procesal Penal (INCIPP)*: Lima. <http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=14,533,0,0,1,0>.
- Eiras, U. C. (2004). "Mediación Penal, de la Práctica a la Teoría". 1era. Edición. Editorial Histórica: Buenos Aires.
- García, J. C. (2016). "Las sanciones para los adolescentes infractores de la ley penal". Estudios de Justicia Penal Juvenil en el Perú. Lex & Iuris: Lima.
- Geraldes, T. M. y Serrano, D. L. (2014). Justicia Restaurativa y Mediación Comunitaria. Emergencia de un nuevo paradigma de impartición de Justicia. *Letras Jurídicas. Revista Multidisciplinar del CEDEGS (Centro de Estudios sobre Derecho, Globalización y Seguridad)*, 15(29), 51-68 <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/doctrina39558.pdf>.
- González, I. X. (2012). Doctrina, ¿es la justicia restaurativa un aporte a los valores del sistema jurídico? *Revista de Justicia Restaurativa*. 2. <https://www.pensamientopenal.com.ar/index.php/system/files/2014/12/doctrina33921.pdf>
- González, M. (2019). Justicia restaurativa: una mirada a las necesidades de la víctima, la parte ofensora y la comunidad. *Ciencia Jurídica*, 8, 15, 93-108.
- González, I. X. (2020). "Una Impostergable Transición hacia la Justicia Restaurativa en Latinoamérica". Tirant lo Blanch: Valencia.
- Hidalgo, J. J. (2011). Justicia Retributiva, Justicia Restaurativa, Mediación Penal y crítica al Modelo del Proceso Penal. *Revista Jurídica Facultad de Jurisprudencia: Ecuador*. <https://www.revistajuridicaonline.com/2007/07/justicia-retributiva-justicia-restaurativa-mediacion-penal-y-critica-al-modelo-del-proceso-penal/>.
- Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes (IIN) (2012). Los Sistemas de Responsabilidad Penal Adolescente en las Américas. Organización de los Estados Americanos. [http://www.iin.oea.org/pdf-iin/Sistemas\\_de\\_Responsabilidad\\_Penal\\_Adolescente.pdf](http://www.iin.oea.org/pdf-iin/Sistemas_de_Responsabilidad_Penal_Adolescente.pdf).
- Márquez, Á. E. (2007). La justicia restaurativa versus la justicia retributiva en el contexto del sistema procesal de tendencia acusatoria. *Prolegómenos. Derechos y Valores*. X(20), 201-212 <https://www.redalyc.org/pdf/876/87602012.pdf>.
- Martínez, Verónica (1993). Dimensiones psicosociales del adolescente sicario. *Revista Colombiana de Psicología*, 2. <https://revistas.unal.edu.co/index.php/psicologia/article/view/15797/16614>.
- Mateo de Ferrini, D. (2000). "Régimen Penal de Menores". Editorial Juris: Bogotá.
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (2021). Reforma procesal penal: balance, desafíos y temas actuales a los 15 años de su implementación en el Perú. <https://www.gob.pe/institucion/minjus/informes-publicaciones/2039345-reforma-procesal-penal-balance-desafios-y-temas-actuales-a-los-15-anos-de-su-implementacion-en-el-peru>.

Monzón Ferrer, J. L. (2018). El sicariato juvenil: Sancionar al adolescente como adulto. [Tesis para obtener el grado de Maestro en Derecho Penal, Universidad Nacional Federico Villarreal.] <https://orcid.org/0000-0002-7715-2366>.

Pérez, J. B. y Zaragoza, J. (2011) Justicia Restaurativa: Del castigo a la reparación. Repositorio Universitario Jurídicas RU. Universidad Nacional Autónoma de México. <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/32621>.

Sampedro, J. A. (2010). La justicia restaurativa: una nueva vía, desde las víctimas, en la solución al conflicto penal. *International Law: Revista Colombiana De Derecho Internacional*, 8(17). Recuperado a partir de <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/internationallaw/article/view/13821>.



## REVISIÓN DEL FEMINICIDIO: EL CASO MEXICANO

### FEMICIDE REVIEW: THE MEXICAN CASE

Dora Alicia Mayoral Villanueva  
ORCID: 0000-0002-2528-5810  
Arizona State University Campus Tempe  
doramayoralvillanueva@gmail.com  
México

DOI: 10.24265/voxjuris.2023.v41n2.12

Recibido: 29 de noviembre de 2021.

Aceptado: 7 de febrero de 2023.

#### SUMARIO

- Introducción.
- Composición histórica y análisis contextual de la violencia feminicida en México.
- Corrupción, impunidad y resistencia a investigar, caso *Campo algodónero*.
- El derecho a la verdad, Caso *Mariana Lima Buendía*.
- Crisis forense en México, Caso *Debhani Escobar*.
- Instrumentos y marco legal del feminicidio en México.
- La investigación criminal, la sanción y la prevención.
- Conclusiones.
- Fuentes de información.

#### RESUMEN

La línea de abordaje del presente artículo se atiende mediante una visión histórica, social, criminológica y penal sobre la resistencia a investigar, el derecho a la verdad y la crisis forense que se enfrenta tanto en las investigaciones como en los procesos de casos de feminicidio en México. Lo anterior tomando como ejes centrales tres casos mexicanos, dos de ellos casos icónicos que han llevado a una transformación, para la creación de leyes aplicables a la lucha contra la violencia de género en conjunto con un tipo penal que recoge puntualmente las razones de género que son causal de este crimen; refiriéndonos en este sentido a González y otras vs. México o más bien conocido como *Campo algodónero*, el cual llegó a la Corte Interamericana de Derechos Humanos abriendo camino en el tratamiento de la violencia contra las mujeres, con su emblemática e histórica sentencia.

En segundo lugar, tenemos el caso de *Mariana Lima Buendía* cuya sentencia -en Amparo en Revisión- dictada por la Suprema Corte de Justicia de México, establece que toda muerte violenta de una mujer debe ser investigada como un feminicidio, dando un giro a la manera en cómo deben iniciarse las investigaciones criminales que involucren muertes de mujeres; ponderando la perspectiva de género, la debida diligencia y las buenas prácticas. El tercer caso nos muestra de qué manera la crisis forense que se enfrenta actualmente en México permea de manera directa las investigaciones de casos de muertes violentas de mujeres. Este último, es sobre la joven Debhani Escobar, siendo el caso más reciente que ha convulsionado a la sociedad mexicana debido al sin número de inconsistencias en la investigación de su desaparición y muerte.

Es así como el feminicidio en México enfrenta grandes retos en cuando a la adecuación de los instrumentos y marco legal para no solo enfocar la mirada hacia la sanción sino incluir una visión hacia una reforma forense y procesal que incluya políticas públicas para la prevención y las reparaciones integrales de las víctimas, así como un verdadero compromiso hacia la no repetición de los actos criminales contra las mujeres por razones de género.

#### PALABRAS CLAVE

Feminicidio, mujeres, violencia, desigualdades sociales, roles, estereotipos, perspectiva de género, prevención, sanción, penal.

#### ABSTRACT

The approach of this article is focused through a historical, social, criminological and criminal perspective on the resistance to investigate, the right to truth and the forensic crisis that is faced both in the investigations and in the processes of

femicide cases in Mexico. The foregoing taking three Mexican cases as central axes, two of them iconic cases that have led to a transformation on creating laws that are applicable to the fight against gender violence in conjunction with a crime description that promptly collects the gender reasons that they are the cause of this crime; referring in this way to Gonzalez and others vs. Mexico or better known as *Campo algodónero*, which reached the Inter-American Court of Human Rights opening the way in the treatment of violence against women, with its emblematic and historic sentence.

Secondly, we have the case of *Mariana Lima Buendía*, whose sentence -in Amparo en Revisión- issued by the Supreme Court of Justice of Mexico, establishes that every violent death of a woman must be investigated as a femicide, changing the way in which how criminal investigations involving the deaths of women should be initiated; weighing the gender perspective, due diligence and good practices. The third case shows us how the forensic crisis that Mexico is currently facing directly permeates the investigations of cases of violent deaths of women. This last case is about *Debhani Escobar*, being the most recent that has convulsed the Mexican society due to the countless inconsistencies in the investigation of her disappearance and death.

This is how femicide in Mexico faces great challenges in terms of adapting the instruments and legal framework to not only focus on punishment but also include a vision of forensic and procedural reform that includes public policies for prevention and comprehensive reparations for the victims, as well as a true commitment to the non-repetition of criminal acts against women for reasons of gender.

## KEYWORDS

Femicide, women, social inequality, roles, stereotypes, gender perspective, prevention, sanction, criminal.

## INTRODUCCIÓN

La presente investigación tiene como objetivo principal el abordaje de la violencia feminicida en México, y como ha tomado fuerza en las últimas tres décadas, mucho de esto se debe a los casos que han salido a la luz y la manera en que han llegado a los tribunales internos y cortes internacionales. Retomando datos históricos, recordemos que hacía principios

de la década de los 90 se empezó hablar en los medios de comunicación masivos -de manera sensacionalista, y por demás inescrupulosa- de un fenómeno criminal cuyas víctimas eran mujeres mayoritariamente jóvenes, residentes de zonas marginadas y empleadas de maquiladoras.

La indiscriminada propagación de estas noticias generó la idea de que las mujeres víctimas de estos crímenes conservaban en común ciertas características fenotípicas y sociales, pero no sólo eso, sino que además se transmitía la sensación de que ellas mismas buscaban su fatal destino; que eran imprudentes, que se predisponían y exponían al estar a deshoras en la calle, -dejando muy en claro que el espacio público no era propio de las mujeres- reafirmando así esta androcéntrica idea establecida por la división sexual del trabajo y los roles de género impuestos por la misma.

En el capítulo II se habla del estudio de los factores históricos, sociales, económicos y culturales de la violencia feminicida en México, llevando a cabo un análisis contextual que se dirige tanto a la enorme brecha de desigualdad como a la incapacidad del gobierno en el diseño de políticas públicas para el bienestar social con eficaz impacto en la calidad de vida de las mujeres mexicanas. En el capítulo III se desarrolla el significativo reflejo que ha tenido la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso González y otras vs. México -Campo algodónero- donde a través de su enigmática sentencia surgió el impulso de desarrollo de leyes y protocolos de actuación para el manejo de investigaciones criminales con perspectiva de género siempre que se trate de casos con muertes violentas de mujeres.

En el capítulo IV se aborda la trascendental sentencia del caso de *Mariana Lima Buendía* con la que se establecieron los estándares mínimos que deben ser utilizados ante todo caso de muerte violenta de una mujer, caso con el cual la Suprema Corte de Justicia de la Nación se pronunció de manera inédita creando un parteaguas en la investigación criminal. Es en el capítulo V donde se aborda el caso más reciente que conmovió a México, el asesinato de la joven Debhani Escobar, quien desapareció después de acudir a una fiesta con sus amigas y que atrajo la atención pública debido a las inconsistencias que versan no sólo sobre su desaparición sino también sobre su muerte.

En el capítulo VI se analizan los actuales instrumentos y el marco legal del feminicidio en México; también se hace un recorrido por las diferentes formas de atención, su aplicabilidad y poca eficacia. El capítulo VII versa sobre la importancia de la prevención, los estándares mínimos esperados en la investigación criminal, las dinámicas de desarrollo de los procesos penales y las sanciones del delito. Concluyendo así con una reflexión sobre las expectativas dirigidas a la generación de ideas propositivas, encaminadas a lograr un mejor tratamiento sobre la alarmante situación en que están inmersas las mujeres mexicanas que viven las diferentes facetas de violencias, y que ineludiblemente constituyen el preámbulo a la más temida de todas: la *violencia* feminicida.

### COMPOSICIÓN HISTÓRICA Y ANÁLISIS CONTEXTUAL DE LA VIOLENCIA FEMINICIDA EN MÉXICO

Según la La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, conocida por sus siglas en inglés como CEDAW:

La expresión “discriminación contra la mujer” denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera. (Art. 1)<sup>1</sup>

En México a través de los años ha figurado una constante donde es de lo más común leer y escuchar frases como “la mató porque la amaba”, “crimen pasional”, “mujer muere en manos de su esposo, quien defendió su honor”. Las cuales no causan extrañeza, incluso a muchos no les generan ningún tipo de desagrado, más bien por el contrario, las retoman, las abrazan, se las apropian y les cuesta mucho deshacerse de ellas. Es por esta razón, que no pueden entender porque es necesaria la inclusión de la perspectiva de género, la ven y piensan como si sólo se tratase de una especie de moda pasajera, un absurdo ligado a las presiones sociales o a las mediáticas.

En relación a lo anterior, hay quienes incluso hacen un llamado a nuestros ancestros y su

cultura prehispánica y dicen que somos salvajes por naturaleza, que desde los pueblos originarios teníamos un beneplácito por ejercer violencia y que el sacrificio de una persona nos identifica por ser hijos de los dioses, lo que, aunque llega a sonar como un absurdo, en realidad forma parte de la cosmovisión del pensamiento de muchos mexicanos. Por otro lado, una gran mayoría de abogados defensores, asesores victimales, ministerios públicos, policías y jueces se sienten frustrados cuando ven que una mujer víctima de violencia de género, después de haber hecho una denuncia contra su agresor termina retractándose y desdiciéndose. Las llaman inestables y desorientadas emocionales, infantiloides, incapaces, e hijas de la mala vida.

Es así como entendemos que el orden patriarcal define las conductas no solo sociales sino también las criminales, las mujeres ven en uno u otro plano como sus vidas están ya decididas y designadas, ante esto Lagarde y de los Ríos (2019) nos refiere que:

El patriarcado es uno de los espacios históricos del poder masculino que encuentra su asiento en las más diversas formaciones sociales y se conforma por varios ejes de relaciones sociales y contenidos culturales. El patriarcado se caracteriza por

i) El antagonismo genérico, aunado a la opresión de las mujeres y al dominio de los hombres y de sus intereses, plasmados en relaciones y formas sociales, en concepciones del mundo, normas y lenguajes, en instituciones, y en determinadas opciones de vida para los protagonistas.

ii) La escisión del género femenino como producto de la enemistad histórica entre las mujeres basada en su competencia por los hombres y por ocupar los espacios de vida que les son destinados a partir de su condición y de su situación genérica.

iii) El fenómeno cultural del machismo basado tanto en el poder masculino patriarcal, como en la inferiorización y en la discriminación de las mujeres producto de su opresión, y en la exaltación de la virilidad opresora y de la femineidad opresiva, constituidos en deberes e identidades compulsivos e ineludibles para hombres y mujeres. (pp. 95, 96)

Es pues claro que el patriarcado toma forma y se mezcla en el imaginario colectivo mexicano porque con él nacen las condiciones de vida, los factores y las exigencias. De esta manera, es muy común que a quienes llegan los casos de violencia contra la mujer no logran entender los laberintos de violencias que las atrapan cual telaraña a la mosca, no sienten que valga la pena invertir tantos recursos no solo financieros, sino estructurales y humanos en mujeres que a final de cuentas “deciden no dejar a su

<sup>1</sup> Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women

agresor”. Esto habla de la incomprensión de las dinámicas en que se entretajan las violencias contra la mujer, en referencia a esto tenemos la llamada indefensión aprendida y el síndrome de adaptación paradójica.

La primera trata de una teoría que nos habla sobre cómo los humanos y los animales podrían aprender a comportarse con tendencias pasivas hiladas a una especie de sentimiento de que no existe nada que pueda hacerse al respecto. Todo esto a pesar de la existencia de “oportunidades palpables” a la vista de los espectadores, lo cual se encuentra íntimamente ligado a la depresión. Las causas que dan origen a la presencia de la *indefensión aprendida* no pueden ni deben ser concebidas como un trauma *per se*, sino como uno que es imposible de controlar. Tal como lo expresa Miller, Rosellini y Seligman (2018) “*The cause of learned helplessness is reasonably well understood: it is not a trauma itself that produces interference with later adaptive responses but rather trauma that we cannot control*”. (p.46)<sup>2</sup>

En cuanto al síndrome de adaptación paradójica, también se analiza la forma en que las personas, -en su gran mayoría mujeres- determinan sus acciones a un radio del cual pareciera les es imposible despegarse. Existen tres elementos que generalmente se interrelacionan y que se ven influenciados por las violencias culturales y estructurales de la sociedad en el contexto mexicano.

Es así como podemos distinguir de primera mano una serie de procesos que de hecho paralizan a las mujeres y les mantienen a través del miedo, en segundo lugar, se da una constante en la que la mujer puede percibir que existe la posibilidad de salir de la situación pero se siente imposibilitada para llevarla a cabo, y en tercer lugar la falta de recursos de supervivencia, no sólo económicos sino también de educación, instrucción y redes de apoyo que le permitan sentir que puede salir adelante sin el sostén de su agresor.

En este sentido resulta muy tentador mirar con una visión sesgada y decir que sólo las mujeres pobres o analfabetas pueden ser víctimas de violencia y mantenerse en esta situación debido a su imposibilidad para salir adelante

<sup>2</sup> La causa de la indefensión aprendida es razonablemente bien entendida: no se trata de un trauma que en sí mismo produzca interferencia con posteriores respuestas adaptativas, sino más bien de un trauma que no se puede controlar.

en la vida, lo cual nos daría una percepción de incapacidad e inclusive de discapacidad ligada a la precariedad. Nada más alejado de la realidad, pues quienes trabajan en constante relación con los casos de violencia, ya sean abogados o defensores victimales, procuradores jurídicos, investigadores criminales, forenses en criminología, criminalística o psicología; se enfrentan a casos de lo más diverso que pudiera imaginarse, casos que incluyen mujeres de toda clase social, nivel académico, origen racial o étnico o cualquier factor discriminatorio aplicable.

Esto nos lleva a reflexionar que es necesario realizar un análisis victimológico que revele las circunstancias, factores e incidencias recurrentes y que no sólo se piense en un único tipo de víctima correspondiente a un único tipo de agresor y contexto. En la mirada de esta adaptación podemos darnos cuenta que se asemeja mucho a los casos de secuestros en los que se puede llegar a desarrollar una relación y conectividad entre el agresor y la víctima, lo que se ha desarrollado en estudios sobre el Síndrome de Estocolmo, por un lado podría pensarse que la víctima utiliza esta herramienta como supervivencia, mientras que por otro de hecho se relaciona interactivamente con la persona que a final de cuentas aun teniéndola cautiva, le alimenta y le mantiene con vida. Con relación a esto Montero Gómez (2001) nos refiere que:

Este estadio es una extensión de la fase de *coping* en donde, bajo el prisma de la resistencia pasiva, la víctima comienza a someterse a las condiciones externas, a adaptarse de manera paradójica a la violencia de su agresor. De este modo, bajo la probable premisa del deterioro psicofisiológico, sumergida la mujer en tal ambiente de duda sobre su propio bienestar, con un sistema de referencias fracturado, consciente de una situación de inferioridad que la hace dependiente de su agresor y sin elementos fiables de juicio para abrigar esperanzas reales de cambio, la víctima se comprometerá en una búsqueda de nuevos factores que puedan suministrar estabilidad y equilibrio. Ello la llevará a moverse hacia el lugar donde se concentra el mayor porcentaje de poder en ese momento, el agresor, con quien comenzará a desarrollar un vínculo paradójico de dinámica similar al síndrome de Estocolmo. (p. 21)

De lo anterior se desprende que el hecho de que una mujer permanezca dentro de una relación abusiva tiene mucho que ver con la existencia de una disociación que sirve de estrategia para soportar tales condiciones violentas. Tal disociación lo que provoca es

una negación de la forma en que se comporta el agresor y además en contraparte la mujer busca aquellos aspectos positivos que éste posea. Lo cual se constata con las afirmaciones que recurrentemente escuchamos por parte de ellas, “pero si es trabajador”, “es un buen proveedor”, “a los niños no los toca”, “como sea no es un drogadicto”, “siempre regresa a casa, que es su hogar”, “en el fondo me ama” o “en el fondo es bueno”. Además de esto las mujeres llegan a ignorar sus necesidades, desapropiándose de éstas, lo cual las inferioriza aún más.

Con relación a esto podemos añadir el inevitable discurso de odio, la guerra contra el narco y el engaño de la gentrificación como lo ha explicado Delgadillo (2015). En cuanto a la guerra contra el narco, ésta ha culpabilizado -de sus propias muertes- a las víctimas de las localidades. Les convierten en invisibles, olvidados, mediante intentos de hacerlos desaparecer de sus mismos entornos, como si fueran los responsables de las violencias y no la corrupción e impunidad que predomina en el territorio mexicano. Debemos señalar que durante el sexenio de Felipe Calderón (2006-2012) se llevó a cabo una estrategia de seguridad pública cuya base era combatir el control territorial que tenía el crimen organizado. Sin embargo, el efecto resultó en disputas más cruentas entre los propios grupos del narcotráfico -que se fragmentaron- y las corporaciones policíacas, teniendo como resultado una escalada de violencia y un deterioro en la paz de la nación; como se diría en un dicho popular, “salió más cara la cura que la enfermedad”.

Resultando de esta manera que en el intento por revertir los daños colaterales -que resultaron en miles de muertes por la escalada de violencia- el gobierno empezó a idear planes de gentrificación con los que se vende la idea de que, al mejorar los espacios públicos céntricos de la ciudad, se va a erradicar la violencia. Lo cual conduce a culpar a las sexoservidoras, bailarinas y comercios tradicionales como bares y cantinas de la violencia y criminalidad, desviando la atención y dejando ver que lo que pasa en las localidades mexicanas es meramente culpa de los propios grupos vulnerables, como los pobres y las mujeres de vida pública. Todo esto mediante la difusión de discursos de odio que generan más violencia hacia y entre los ciudadanos, generándose una sociedad que esta desprotegida por el Estado, pues quién debiera proporcionarles seguridad, les culpa de lo que ahora les pasa.

Como abordaremos en el siguiente capítulo en el contexto de Ciudad Juárez, una gran mayoría de mujeres habrían migrado desde los diferentes puntos del país para trabajar en las maquiladoras. Sin embargo, algunas de éstas encontraron en la prostitución una alternativa menos esclavizadora y deshumanizante. Se hicieron “mujeres públicas”, en parte mucho en la búsqueda de sentirse más humanas, pero esto acarrió consigo una condena generalizada mediante la utilización -de nuevo- de los discursos de odio en el que se les condena y hasta se les culpa de todo lo que les pase, pues ellas se lo buscaron por la vida que llevan.

Lo anterior nos hace pensar en una especie de cosmética urbana, es decir, se trata de hacer más agradable el ambiente urbano porque las miserias dan una mala imagen y peor aún, se hace esto con el fin de mandar un mensaje en el que se quiere transmitir un sentir de que la violencia ya se terminaría porque todo ahora será bueno y bonito. Así pues, al iniciarse la gentrificación desde un enfoque turístico y hasta cierto punto “más gringo”. Con estas acciones no solamente habla del desplazamiento de personas, sino de las mismas actividades de las mismas y los recursos con los que cuentan para el desarrollo de las mismas. La urbanización cambia y con ello las mujeres son forzadas a vivir en zonas más alejadas y precarias con la consecuente inseguridad que esto implica.

### **CORRUPCIÓN, IMPUNIDAD Y RESISTENCIA A INVESTIGAR, CASO CAMPO ALGODONERO**

Durante la última década del siglo XX se dieron lugar una serie de asesinatos violentos cometidos contra mujeres en Ciudad Juárez una ciudad fronteriza del Estado de Chihuahua, México donde empezaron a dejarse cuerpos de mujeres en lugares despoblados y en específico en un lugar conocido por su uso en la siembra de algodón, de ahí el nombre de *Campo algodonoero*. Muchas de las mujeres asesinadas fueron encasilladas en un prototipo y se ejerció un sesgo discriminatorio al hablarse de su fatal destino como si fuera el caso que “esas cosas les pasan a esas mujeres”, esto dicho desde la generalidad dentro de un contexto machista, misógino y que se despliega con un desprecio palpable hacia las mujeres y sus representaciones; resultaba muy común escuchar en los medios de comunicación que “apareció otra muerta”, o que “ya mataron a otra de las de la maquila”.

Así como se lee con desprecio, de igual manera era transmitido, es decir, ese sentimiento despectivo era una forma de decirle al mundo que de alguna manera esas mujeres eran tanto o más que responsables de sus muertes, pero no sólo eso, pues a esto se le suma esa idea, ese sentimiento externado que si ni sus cuerpos importaban, mucho menos importaban sus vidas, quienes eran, de donde venían, los sueños truncados, las precarias condiciones en sus formas de vivir, o más bien de sobrevivir, dentro de un Estado que las posicionaba como las más olvidadas entre los olvidados.

Lo anterior se ve materializado a través de la discriminación que prima en la sociedad mexicana en la cual se ven replicadas un sin número de acciones basadas en actos discriminatorios, llevadas a cabo mediante sesgos estereotipados de lo que significa ser mujer, pero no sólo sobre la cuestión de género, pues a ésta se le cruzan incontables posiciones de vulnerabilidad como ser migrante, obrera o madre sola. En referencia a esto la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos *González y Otras Vs. México* (2009) menciona actitudes discriminatorias de las autoridades, y se plasma lo siguiente:

La Comisión y los representantes alegaron que las actitudes de las autoridades estatales frente a los homicidios de mujeres en Ciudad Juárez eran notoriamente discriminatorias y dilatorias, situación que la Comisión describió como un “alarmante patrón de respuesta y concepciones estereotipadas de las mujeres desaparecidas”. En particular, el patrón “se manifestaba en la percepción de los funcionarios estatales que la búsqueda y protección de mujeres reportadas como desaparecidas no era importante” e implicaba que en un principio las autoridades se negaban a investigar. (p. 45)

De tal suerte, que la impunidad ligada a la corrupción, perpetuaron las prácticas discriminatorias y de abandono hacia las mujeres; resulta innegable la presencia de una resistencia a investigar con debida diligencia mediante el uso de buenas prácticas y con un enfoque no solo de género sino además interseccional. (Crenshaw, 1989). Si nos ponemos a ver a través del imaginario mexicano, las prácticas clasistas, machistas y de opresión son las que son bien vistas, entendemos pues que el pobre es criminalizado, pero que ser mujer pobre es sinónimo de ser repositorio de desprecio, victimización y desdén. Es por eso que las autoridades no veían como un asunto de importancia el que mujeres obreras

o sexoservidoras y pobres estuvieran siendo desaparecidas y asesinadas, pues el valor de éstas en la sociedad es mucho menor, pues a nadie le importan muertas las que ni vivas importaban.

Con respecto a esto, la Corte Interamericana en *González y otras vs. México* (2009) ha señalado que, en aquellos casos de violencia contra las mujeres, las autoridades tienen obligación de adoptar medidas integrales para cumplimiento de la debida diligencia. Hablar de estas medidas es hablar de incluir un marco jurídico de protección con la aplicación efectiva del mismo y políticas públicas de prevención que repliquen eficazmente ante las denuncias. Recalcando que el incumplimiento respecto a esta obligación desde los órganos investigadores y los impartidores de justicia, condiciona el acceso a la justicia de las mujeres puesto que les limita e invisibiliza en el imaginario de acceso a la justicia.

De lo anterior, entendemos porqué la sentencia emitida contra el Estado mexicano se convirtió en un hito no solo para este país sino para la región, pues es la primera vez que un Estado es llamado a proteger a su población femenina y se le pone en la mira como resultado de sus prácticas discriminatorias ligadas a corrupción e impunidad. *Campo algodonoero* es el claro ejemplo de que no se hace nada y que lo que lo que se está haciendo está mal hecho, pero además se expone que a razón de tal ineficacia se imponen obligaciones que no solo corrijan la grave situación, sino que a su vez subsanen y lleven con ello una reparación integral a las víctimas, sus sobrevivientes y aquella población vulnerable para prevenir la repetición de los actos criminales contra mujeres por razones de género.

## **EL DERECHO A LA VERDAD, CASO MARIANA LIMA BUENDÍA**

Hablar de Mariana Lima Buendía es hablar de la pasante de derecho asesinada quien parece litigar desde otro plano, la que a pesar y a través de su muerte logró que la Suprema Corte de Justicia de la Nación pronunciara que toda muerte violenta de una mujer debe ser investigada como feminicidio, todo gracias a la incansable lucha de su madre Irinea Buendía quien con todo el tesón ha exigido justicia por su hija. Desde un análisis ideográfico Lima Buendía vivía en un contexto de violencia física, sexual, psicológica, emocional y económica,

que la habría hecho tomar la decisión de dejar a su pareja, esto en una situación de amenaza constante por parte de él, quién debido a su posición como policía intimidaba a Lima Buendía dado el hecho de que él conocía bien el medio y ella se encontraba en una total posición de desventaja respecto a él. Lima Buendía le comunicó a su madre que lo dejaría y ese fue el preámbulo de su muerte, pues lo que recibió su madre fue una llamada del yerno comunicándole que su hija se habría suicidado. El 29 de junio del año 2010 se inició la que debió ser una investigación criminal de un feminicidio, no fue éste el caso, puesto que lo que se ordenó fue una investigación por un suicidio.

En este periodo de investigación criminal su marido -un policía ministerial- estaría en todo momento en la escena del crimen y en contacto con sus compañeros de la policía investigadora. Además, en el expediente quedaría constancia de la falta de buenas prácticas en cuanto a la preservación de la escena del crimen y múltiples deficiencias en la criminalística de campo, en cosas tan cruciales como el embalaje de la cuerda con que supuestamente Lima Buendía se ahorcó o el celular que estaba en su cama. Añadiéndose el hecho de que el mismo marido es quien supuestamente la encuentra colgada y la baja para -según su dicho, reanimarla, acostándola en la cama descrita. En el caso existieron deficiencias probatorias y para la integración de la averiguación previa como ha sido mostrado en el Amparo en Revisión 554/2013:

(i) A la autoridad ministerial no le importó que existieran contradicciones entre la denuncia de suicidio hecha por \*\*\*\*\* y la de homicidio realizada por la recurrente, pues no adoptó una AMPARO EN REVISIÓN 554/2013 37 línea de investigación que permitiera aclarar las contradicciones entre el dicho de ambos. (ii) Se omitió analizar los antecedentes de violencia y discriminación sistemática sufrida por Mariana Lima Buendía. Estos elementos debieron estudiarse para fincar las responsabilidades correspondientes, pues independientemente de si la muerte derivó de un suicidio o un feminicidio, ella estaba inmersa en un ambiente de violencia de género que debe investigarse y sancionarse. (iii) La investigación fue realizada por autoridades que no están sensibilizadas con las cuestiones de género, lo que ocasionó retrasos y vacíos clave en la investigación. (iv) No existen pruebas científicas, físicas y psicológicas suficientes para establecer los hechos. Ni la resolución del Procurador estatal ni la sentencia recurrida establecen las medidas necesarias para componer esta situación. Además,

la autoridad tuvo demoras injustificadas en la recolección de pruebas físicas que eran clave para la investigación. (v) La mayoría de los esfuerzos para recolectar evidencia han partido de una inspección ministerial mal hecha y del dicho de \*\*\*\*\*\*, en detrimento de otro tipo de pruebas que podrían ser cruciales e incumpliendo con lo ordenado por los protocolos para la investigación de los feminicidios. (pp. 36, 37)

El caso de Lima Buendía es uno de los tantos casos que recurrentemente envuelven violencia sexual o son casos de un aparente suicidio, donde resulta muy común que el Ministerio Público como cabeza de la investigación le pide al personal forense que haga una corroboración de la hipótesis de violación o suicidio, y es aquí donde los forenses al no contar con una preparación con perspectiva de derechos humanos, sin bases sólidas de metodología, técnica y científicidad, emiten dictámenes erróneos que no incluyen la evidencia conductual y contextual de las víctimas, lo cual culmina en que el Ministerio Público no busque realizar más actos de investigación, porque si su equipo le informa que parece ser que paso equis o ye, él lo da por hecho. Ante esto resulta necesario hablar de la urgencia de que en México la victimología forense sea incluida y practicada eficazmente para dar visibilidad a los factores estructurales e históricos del estado de vulnerabilidad de las víctimas. Debe señalarse que en todo momento la madre de Lima Buendía precisó su petición inquebrantable de que se realizara una investigación adecuada y efectiva donde se materializara el acceso a la justicia con un actuar judicial idóneo y efectivo, así como la eliminación de la discriminación y violencia institucional que sufrió desde un inicio; dejando claro su argumento en la violación de sus derechos en relación con dicho *Amparo en Revisión*:

La violencia contra las mujeres y la discriminación que da origen a ésta son problemas graves de derechos humanos marcados por la negligencia y la impunidad, ya que la respuesta de las autoridades de la Procuraduría estatal ante los incidentes de violencia contra las mujeres es notablemente deficiente y no corresponde a la gravedad del problema. La impunidad alimenta la perpetuidad de esta grave violación a los derechos humanos, su aceptación social, así como el sentimiento de inseguridad de las mujeres y desconfianza en el sistema de administración de justicia. (p. 27)

Mismo que resalta además la falta de acceso al derecho a que se investiguen los hechos

con perspectiva de género, en cuanto a esto se determina que:

La jurisprudencia constante de la Corte Interamericana ha analizado, independientemente de posteriores actuaciones en las investigaciones e incluso decisiones judiciales en procesos penales, alegadas violaciones consistentes en omisiones, falencias e, incluso, discriminación en las investigaciones y procesos penales, y específicamente, en asuntos relacionados con violencia contra las mujeres. (p. 45)<sup>3</sup>

Luego entonces, ¿por qué referirnos al derecho a la verdad? Empezaremos abordando que el derecho a la verdad puede ser entendido como un derecho que tiene dos vertientes, por un lado, una individual y por otro una colectiva; de lo cual se desprende que las políticas públicas que se vayan a aplicar tanto para una como para otra tendrían que ser distintas, pero a la vez complementarias puesto que no puede garantizarse una en detrimento de la otra. En consecuencia, cuando hablamos del derecho a la verdad en su vertiente individual podemos entender que ésta la obtenemos a través de una sentencia, que es la que le deja saber a la víctima quien ha sido el agresor, en qué circunstancias se dieron los hechos, es decir, el análisis contextual del acto criminal, sus condiciones y participantes.

Por otro lado, cuando hablamos de un derecho a la verdad colectivo estamos ante el hecho de que no solo se ve una afectación a nivel individual, sino que hay una sociedad que se ve afectada en su conjunto. Debemos recordar que al hablar de feminicidio estamos hablando de graves y recurrentes violaciones de derechos humanos, donde no solo se ven afectadas las unidades familiares que han perdido a una de sus mujeres, sino que al llevarse a niveles tan altos como los que se dan en México, reconocemos que es de igual manera la sociedad mexicana la que se ve afectada ante esta vorágine criminal.

3 Corte IDH. Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205. Corte IDH. Caso Véliz Franco vs. Guatemala. Sentencia de 28 de mayo de 2014. Serie C No. 279. Ver, además, Caso de la "Masacre de Mapiripán" Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134. Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010 Serie C No. 220. Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala. Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012 Serie C No. 250. Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012 Serie C No. 251.

En cuanto al caso mexicano, si bien es cierto que no existe un pronunciamiento explícito en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es puntual señalar que podemos retomar legislación en cuanto al tema en lo que hace referencia a los artículos 1o. y 20 de dicha Constitución, los que se abordan en la Ley General en Materia de Desaparición Forzada de Personas, Desaparición Cometida por Particulares y del Sistema Nacional de Búsqueda de Personas (2017) cuyo Artículo Quinto Fracción XIII refiere:

Verdad: el derecho de conocer con certeza lo sucedido y recibir información sobre las circunstancias en que se cometieron los hechos constitutivos de los delitos previstos en esta Ley, en tanto que el objeto de la misma es el esclarecimiento de los hechos, la protección de las Víctimas, el castigo de las personas responsables y la reparación de los daños causados, en términos de los artículos 1o. y 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. (p. 5)

Es pues concluyente que en todo caso criminal existen víctimas que son invisibilizadas, que viven en la más oscura incertidumbre y que cada noche van a dormir con las mismas preguntas sin respuesta, ¿dónde está?, ¿cómo pudo pasarle esto en nuestra comunidad?, ¿cómo sucedieron los hechos?, víctimas que necesitan saber qué fue lo que pasó, pero no sólo eso, también cómo, por qué, de qué manera, cuándo y dónde. Siendo la incertidumbre un efecto traumático sin límites ni valoraciones que les alcancen; los padres pierden a sus hijas, los hijos a sus madres, los hermanos a sus hermanas, las parejas a sus esposas, lo mínimo que merecen son respuestas basadas en investigaciones apegadas a los protocolos, atendiendo las buenas prácticas y con perspectiva de derechos humanos y de género.

### **CRISIS FORENSE EN MÉXICO, CASO DEBHANI ESCOBAR**

El más reciente caso que conmovió a México es la historia altamente mediatizada de Debhani Escobar en el cual desde un inició se armaron conjeturas sobre la forma en que se desarrolló y las inconsistencias que le rodearon. El caso tomó gran revuelo con opiniones tan diversas como abismalmente opuestas; unos acusaban a las amigas que no se mantuvieron a su lado, mientras que hubo quienes tomaron el caso para aprovechar y reafirmar la idea de lo que significa ser una "niña de familia". Pero ¿qué es lo que sabemos de este caso? Lo que se sabe



es que Debhani Susana Escobar Bazaldúa quien contaba con 18 años, era estudiante universitaria de la carrera de Derecho, asistió a una fiesta en compañía de dos amigas la noche de su desaparición. Fue hasta el otro día en la mañana que sus padres reportaron su ausencia ante la autoridad y a la par se inició una búsqueda masiva dentro de una movilización ciudadana que cansada del clima de inseguridad que se vive en el país se sumaron a la iniciativa.

Los hechos ocurrieron entre el día ocho y el veintidós de abril del año en curso, cabe señalar que la noche de la fiesta fue el día 8, siendo el día 22 cuando se encontró el cuerpo de la joven dentro de una cisterna, que ya había sido inspeccionada en cuatro ocasiones, esto en el predio donde se encuentra un motel, todo en radio circundante de la zona donde fue vista con vida por última vez.

Pero entonces, ¿por qué referirse a una crisis forense en México?, ¿de qué manera el caso de Debhani es un claro ejemplo de tal crisis forense? Éstas son solo algunas de las preguntas que solemos plantearnos cada vez que se nos presenta un caso que parece lo que sea, excepto un caso de investigación criminal bien realizado. Jan Jarab, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en México, ha abordado el tema de tal crisis a través de una carta, donde explica que: “La ONU-DH ha constatado que los servicios forenses en México están rebasados al menos en tres sentidos: por el volumen de trabajo que enfrentan, por las condiciones materiales para la realización de sus tareas y por las capacidades técnicas que se necesitan”. (El Universal, 2019, párrafo 2)

La forma en que se condujeron las investigaciones ante la desaparición de Debhani deja mucho que desear, con investigaciones deficientes que carecen de ciencia y capacidad técnica. Por mencionar un ejemplo está el hecho de que el cuerpo fue encontrado dentro de una cisterna a pesar de que se habían realizado cuatro cateos a la propiedad. Resulta necesario referir que de la sentencia de Mariana Lima Buendía se desprende que:

En términos generales, las autoridades que investigan una muerte violenta deben intentar como mínimo: i) identificar a la víctima; ii) proteger la escena del crimen; (iii) recuperar y preservar el material probatorio; iv) investigar exhaustivamente la escena del crimen; v) identificar posibles testigos y obtener declaraciones; vi) realizar autopsias por profesionales competentes y empleando los procedimientos más apropiados; vii) determinar la causa, forma, lugar y momento

de la muerte, y cualquier patrón o práctica que pueda haber causado la muerte. En el caso de muertes de mujeres se deben identificar las conductas que causaron la muerte y verificar la presencia o ausencia de motivos o razones de género que originan o explican la muerte violenta. Además, en dichas muertes se deben preservar evidencias específicas para determinar si hubo violencia sexual y se deben hacer las periciales pertinentes para determinar si la víctima estaba inmersa en un contexto de violencia. Además, las investigaciones policiales y ministeriales por presuntos feminicidios deben analizar la conexión que existe entre la violencia contra la mujer y la violación de otros derechos humanos, así como plantear posibles hipótesis del caso, basadas en los hallazgos preliminares que identifiquen la discriminación o las razones de género como los posibles móviles que explican dichas muertes. En ese sentido, se debe investigar, de oficio, las posibles connotaciones discriminatorias por razón de género en un acto de violencia perpetrado contra una mujer cuando dicho acto se enmarca en un contexto de violencia contra la mujer que se da en una región determinada. (pp.65, 66)

Sin embargo, no podemos dirigir nuestra atención solamente a las deficiencias investigativas. Es necesario entender que persiste una resistencia de implementar una visión interseccional que incluya la visibilidad de las distintas formas de cruzar discriminaciones y opresión, mediante el análisis de contexto con apoyo del modelo ecológico para entender la violencia. Lo anterior tomando en cuenta que en el contexto mexicano se vive un ambiente inmerso en la criminalidad donde las desapariciones, el tráfico de personas, la trata de personas, los feminicidios y las acciones violatorias sistemáticas de derechos humanos, se ven altamente vinculadas con la vulnerabilidad social y económica.

## **INSTRUMENTOS Y MARCO LEGAL DEL FEMINICIDIO EN MÉXICO**

Comenzaremos por mencionar que en México el tipo penal de feminicidio es el resultado de las luchas dentro del activismo y el reclamo social ante la indolencia y disimulo de un gobierno muy lejano del interés en la prevención y atención de la comisión de este crimen. Como se abordó con anterioridad no se trata solamente de un tipo penal, sino de un complejo proceso de generación de violencias y carencias tanto contextual como de desarrollo de políticas públicas. En este apartado se abordarán, los instrumentos y el marco legal desde la materia legislativa hasta la implementación de políticas públicas que

se dirigen a las violencias de género, en especial la cometida contra las mujeres.

Pero, ¿qué antecedentes y bases legales nos llevaron al actual tipo penal y desde dónde y cuándo se conforma el marco legal? Ante esto se debe mencionar la importancia del movimiento feminista y de los estudios que se realizaron por la Doctora Marcela Lagarde y de los Ríos y un equipo de investigación durante el periodo de gestión del año 2005 a 2006 a encargo de la legislatura, para el surgimiento de la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia (LGAMVLV).

De lo anterior se desprende que existe una situación de contexto donde las mujeres se encuentran doblegadas ante circunstancias de discriminación, segregación, explotación y exclusión. Y que es deber del Estado proteger a las mujeres y sus vidas, el respeto a su dignidad en observancia a los derechos humanos y tomarles como sujetos que deben gozar de beneficios sociales dentro del contrato social; por ello nos dirigimos al primer artículo de dicha Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia (2007) que establece como objeto:

La presente ley tiene por objeto establecer la coordinación entre la Federación, las entidades federativas y los municipios para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres, así como los principios y modalidades para garantizar su acceso a una vida libre de violencia que favorezca su desarrollo y bienestar conforme a los principios de igualdad y de no discriminación, así como para garantizar la democracia, el desarrollo integral y sustentable que fortalezca la soberanía y el régimen democrático establecidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. (p. 2)

En el año 2015 en su momento la llamada Procuraduría General de la República, hoy día conocida como Fiscalía General de la República trabajó en un protocolo de investigación ministerial, policial y pericial con perspectiva de género para el delito de feminicidio. En dicho instrumento se incluye un marco conceptual donde se establecen los criterios de entendimiento de lo que es el género, la vulnerabilidad y la interseccionalidad entre otros componentes que dan sostén al feminicidio. También se abordan las reglas y diligencias mínimas a seguir en cuanto a la investigación ministerial, policial y pericial, los factores que afectan la investigación con debida diligencia, los componentes fácticos, jurídicos y probatorios y las líneas de investigación entre otros.

Al ser México un Estado federal -donde se disponen gobiernos regionales y una determinada soberanía para regir sus asuntos internos- el tipo penal de feminicidio será abordado para el caso del presente trabajo por lo descrito en el Código Penal Federal (2012) sin menoscabo de las variantes y/o adecuaciones de lo dispuesto en las entidades federativas y sus leyes locales. De esta manera nos abocamos a lo descrito en el artículo 325 del Código ya mencionado, en el cual especifican las razones de género y se encuentra descrito de la siguiente manera:

Comete el delito de feminicidio quien prive de la vida a una mujer por razones de género. Se considera que existen razones de género cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

- I. La víctima presente signos de violencia sexual de cualquier tipo;
- II. A la víctima se le hayan infligido lesiones o mutilaciones infamantes o degradantes, previas o posteriores a la privación de la vida o actos de necrofilia;
- III. Existan antecedentes o datos de cualquier tipo de violencia en el ámbito familiar, laboral o escolar, del sujeto activo en contra de la víctima;
- IV. Haya existido entre el activo y la víctima una relación sentimental, afectiva o de confianza;
- V. Existan datos que establezcan que hubo amenazas relacionadas con el hecho delictuoso, acoso o lesiones del sujeto activo en contra de la víctima;
- VI. La víctima haya sido incomunicada, cualquiera que sea el tiempo previo a la privación de la vida;
- VII. El cuerpo de la víctima sea expuesto o exhibido en un lugar público. A quien cometa el delito de feminicidio se le impondrán de cuarenta a sesenta años de prisión y de quinientos a mil días multa. Además de las sanciones descritas en el presente artículo, el sujeto activo perderá todos los derechos con relación a la víctima, incluidos los de carácter sucesorio. En caso de que no se acredite el feminicidio, se aplicarán las reglas del homicidio. Al servidor público que retarde o entorpezca maliciosamente o por negligencia la procuración o administración de justicia se le impondrá pena de prisión de tres a ocho años y de quinientos a mil quinientos días multa, además será destituido e inhabilitado de tres a diez años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos. (pp. 99,100)

En revisión de lo anterior existen apreciaciones imprescindibles, de primera mano resulta necesario decir que en el tipo penal de feminicidio no se define quien puede ser el sujeto activo, es decir queda abierta la posibilidad para cualquier género. Lo cual ha generado discusiones ya que existe quienes afirman que al ser un crimen de odio hacia la mujer resultaría necesario que fuera un hombre quien figurara como sujeto activo. Respecto a esto, la que suscribe defiende la postura de que el sujeto activo quede abierto y que quien cometa el delito pueda ser hombre o mujer, ya que más que un delito de odio de género a género es un delito que se comete por razones de género y esto no conlleva necesariamente que sea privativo al género masculino; puesto que el contexto patriarcal y androcéntrico que prevalece en México educa e implica a que mujeres lleven a la práctica acciones misóginas. Ahora bien, en relación a las razones de género, el tipo penal las encuadra a manera que con que recaiga en una o más de éstas; a continuación, revisaremos las razones de género.

1. La víctima presente signos de violencia sexual de cualquier tipo. Lo cual implica no sólo la penetración del miembro viril vía vaginal o anal, sino también prestar atención a otros signos de violencia sexual como podrían ser objetos introducidos en la boca o el ano. De igual manera debiera prestarse atención a la posición del cuerpo, si la ropa se encuentra desacomodada, desgarrada, desabotonada, con signos de jalones o que se aprecien manchas de fluidos.
2. A la víctima se le hayan infligido lesiones o mutilaciones infamantes o degradantes, previas o posteriores a la privación de la vida o actos de necrofilia. Aquí resulta necesario definir que puede significar la infamia y la degradación. Según la Real Academia Española, infamia significa descrédito, deshonor, maldad o vileza en cualquier línea; mientras que de degradación es la acción y efecto de degradar o degradarse. Con esto entendemos que el propósito de las lesiones es provocar la deshonor y bajar a un nivel de nulo respeto los cuerpos de las mujeres.
3. Existan antecedentes o datos de cualquier tipo de violencia en el ámbito familiar, laboral o escolar, del sujeto activo en contra de la víctima. En este causal es necesario llevar a cabo un análisis victimológico con una conducción ideográfica que enlave la búsqueda de las características específicas del contexto en que ha vivido la víctima. Conocer de dónde viene, como han sido sus relaciones interpersonales, si existen registros de antecedentes de violencia, si las personas más

allegadas a ella tienen relatos sobre violencias previas, si existieron abortos o alteraciones en su manera de conducirse con las amistades o los círculos familiares, si la mujer realizó cambios en su manera de vestirse o de llevar su arreglo personal, incluso si se cortó el cabello.

4. Haya existido entre el activo y la víctima una relación sentimental, afectiva o de confianza. Cuando hablamos de feminicidios íntimos estaremos ante este causal, pues en muchas ocasiones el agresor es la persona con la que la víctima sostenía algún tipo de relación interpersonal donde existiera la cercanía e interacción.
5. Existan datos que establezcan que hubo amenazas relacionadas con el hecho delictuoso, acoso o lesiones del sujeto activo en contra de la víctima. Este causal se encuentra muy relacionado con el referente a antecedentes de violencia puesto que necesariamente tuvieron que haber algún tipo de acciones previas de ese tipo cuando se refiere a la presencia de amenazas, acoso o lesiones.
6. La víctima haya sido incomunicada, cualquiera que sea el tiempo previo a la privación de la vida. Este causal es comúnmente pensado que solo se presente en los casos de feminicidio público, porque se piensa sólo en las desapariciones previas a la comisión del delito, sin embargo es muy importante resaltar que las víctimas de feminicidio íntimo generalmente también son incomunicadas de una forma sigilosa y justificada por los órdenes patriarcales donde se encubre tal incomunicación como si se tratara de un tipo de protección hacia la mujer, cuando lo que se hace es aislarla de su entorno para así cerrar sus caminos y redes de apoyo imposibilitándola y debilitando su capacidad de agencia. Respecto a este concepto debe hacerse un subrayado a lo expuesto por Giddens (1984), *Agency refers not to the intentions people have in doing things but to their capability of doing those things in the first place (which is why agency implies power: cf the Oxford English Dictionary definition of an agent, as "one who exerts power or produces an effect")*. (p. 9)<sup>4</sup>
7. El cuerpo de la víctima sea expuesto o exhibido en un lugar público. En esta última causal debe abordarse el concepto de basurización lo que significa el deshacerse de los cuerpos como si éstos fueran desechos sin valor alguno. Tal y como es señalado por Mora Martínez y Monroy Álvarez (2015) cuando refieren

<sup>4</sup> La agencia no se refiere a las intenciones que las personas tienen al hacer las cosas, sino a su capacidad de hacer esas cosas en primer lugar (razón por la cual la agencia implica poder: cf. la definición de agente del Diccionario de Inglés Oxford, como "aquel que ejerce poder o produce un efecto").

que lo que se da a entender, tanto en el acto criminal como en la imagen del mismo, es que ese es un escenario de muerte, pero sobre todo sobresalta la característica de desecho, lo cual es un lugar común para ciertas mujeres. Aquí precisamente apreciamos dos mensajes con distintos destinatarios, uno es dirigido a las mujeres a fin de decirles que eso puede pasarles en cualquier momento, mientras que a la par se les envía otro mensaje a los hombres donde se les comunica que pueden cometer los mismos actos criminales y que los respalda el contexto patriarcal y la impunidad. (p.128)

Ahora bien, en revisión del orden internacional empezaremos hablando en pertinencia sobre el modelo de protocolo latinoamericano de investigación de las muertes violentas de mujeres por razones de género (femicidio/feminicidio) (2014) el cual destaca su función de complementariedad por lo que nos indica:

El modelo de protocolo no desplaza ni sustituye otros instrumentos o estrategias de investigación criminal que se utilizan en la actualidad. Esos importantes antecedentes deben ser tomados como referencias. El Modelo de Protocolo es compatible con dichos instrumentos y se presenta como un complemento de los códigos éticos profesionales y protocolos de actuación existentes, tanto a nivel nacional como a nivel internacional. (p. 7)

En razón de lo anterior, dicho protocolo ha tenido como objetivo brindar apoyo a todas aquellas instituciones dirigidas a casos de violencia contra la mujer para que tengan a la mano un instrumento que les guíe en el abordaje de la investigación de muertes violentas de mujeres por razones de género. Este protocolo está diseñado con y para el manejo de la perspectiva de género como una herramienta útil para hacer visibles las discriminaciones interseccionales que atraviesan las esferas contextuales en que se trasladan las vivencias sociales. Y es precisamente de este instrumento de donde se han tomado como base las adecuaciones de lo que significan las razones de género en el tipo penal de feminicidio establecido en México.

En seguimiento del plano internacional tenemos otros dos instrumentos válidos y cruciales en la implementación de mecanismos y estrategias en cuanto al tratamiento de la violencia contra la mujer. El primero -que ya ha sido mencionado- es la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer o CEDAW, por sus siglas en inglés, el cual es un tratado internacional adoptado por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas (ONU) en el año 1979 y que significaba la

apertura a tratar los casos de discriminación hacia las mujeres. Recordemos que dicho tratado aborda desde su artículo primero la perspectiva de lo que se entiende como discriminación, y como de lo anterior se deriva el propósito de proveer una serie de normativas con base en el conocimiento de que existen diferencias entre los hombres y las mujeres, unas provenientes del orden biológico -el sexo- y otras del ordenamiento social -el género- pero que ambas al fin culminan en vivencias dispares y en una plataforma en desventaja para las mujeres respecto de los hombres.

En segundo lugar, se tiene que en el año 1994 en el marco de la Organización de Estados Americanos (OEA) fue adoptada la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer conocida también como la Convención Belém do Pará, llamada así por el sitio en el que fue adoptada. Este tratado internacional fue el primero en abordar el tema de derechos humanos de las mujeres y la violencia ejercida contra éstas. En referencia a la violencia el artículo 1 de la Convención la define como “Cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”. (p. 2)

Es de esta manera cómo se puede decir que Belém do Pará representa la primera intención de tomar el tema de violencia desde una perspectiva de los derechos humanos y no solo como una derivación contextual de la humanidad en su generalidad. Se expresan pues las inquietudes respecto a la situación de vulnerabilidad de las mujeres y como estas son factor de incidencia en la aplicación y réplica de acciones violentas contra el género femenino, mismas que generalmente son invisibilizadas dentro de la normalidad del androcentrismo. Sin embargo, pese a las buenas intenciones de este instrumento los resultados materiales a través de los años no muestran una realidad esperanzadora, es por esto que hacia el año 2004 se creó un Mecanismo de Seguimiento de la Convención con el que se pretendió establecer unos indicadores que mostraran el cumplimiento, como pueden ser las estadísticas, de las cuales sus resultados no pueden ser confiables ya que siguen siendo tomados desde perspectivas sesgadas y llevadas a cabo dentro de contextos que se resisten a aplicar metodología en base a la perspectiva de género.

Con lo ya visto nos planteamos las siguientes preguntas, ¿basta con tener este marco legal?, ¿son eficaces los instrumentos?, ¿las leyes generan justicia social?, ¿por qué no disminuyen las muertes violentas femeninas? Ante estas incógnitas la que suscribe observa tres razones que a su parecer encuadran la problemática. En primer lugar se aprecia que en la investigación ministerial, policial y pericial al ser el Ministerio Público el que dirige a la triada investigativa y al verse presionado por la efectividad requerida en sus labores, de manera recurrente se remite a tipificar de manera distinta al feminicidio, pues puede considerarse que si encuadra el delito como tal en consecuencia aumentan las cifras en la estadística y con ello se visibiliza una ineficacia de gobernabilidad; en segundo lugar se deslegitima lo social ante lo político, puesto que el poder de esta última esfera es de sumo peso en el orden hegemónico mexicano y por último la fuerte resistencia a tener un enfoque de género que varía de más a menos y de menos a más entre las entidades federativas y que divide las perspectivas que se ven entre los diversos contextos de un Estado Federal como el mexicano.

En tanto, es preciso reiterar que en México la perspectiva de género y su producción ha sido significativa y que de esta manera se aprecia que la problemática no proviene de la falta de productos académicos, tampoco de la falta de participación del orden civil-activista, así como tampoco de una carencia del orden jurídico. Es entonces aquí donde cabría preguntarnos ¿entonces, que es lo que falla? Porque si bien es cierto que los organismos de orden internacional presionaron y siguen presionando al Estado mexicano en cuanto a la prevención, sanción y erradicación de la violencia contra las mujeres, esta persiste y parece arreciarse inconteniblemente.

En relación con los instrumentos dentro del territorio mexicano se debe mencionar de primera mano la conformación de la Comisión para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres (CONAVIM) la cual es una entidad del gobierno federal que en 2009 fue creada como un órgano administrativo desconcentrado de la Secretaría de Gobernación, y sustituyó a la Comisión para Prevenir y Erradicar la Violencia Contra las Mujeres de Ciudad Juárez (COVMCJ), donde se encontraban los ojos

puestos a raíz de los sucesos de feminicidios que se dieron a conocer en ese tiempo.

Dentro de los esfuerzos de CONAVIM se han desarrollado los Centros de Justicia para las Mujeres los cuales cuentan con servicios especializados, interinstitucionales e integrales que buscan atender a mujeres, niñas y niños de edades hasta los 12 años, los cuales hayan sido víctimas de violencia dentro del núcleo familiar y de género; teniendo como objetivo el garantizar el derecho a tener una vida libre de violencia. Los servicios son desempeñados por equipos interdisciplinarios con profesionistas que dentro de un marco de conocimientos basados en los derechos humanos y perspectiva de género deben brindar óptima atención y acompañamiento a las personas que lo requieran.

Sin embargo, resulta importante resaltar que durante el periodo de pandemia por COVID 19 se vieron afectados dichos centros recrudesciendo la problemática de la violencia contra las mujeres y los niños, niñas y adolescentes. De acuerdo al Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública (2022) las llamadas de emergencia relacionadas con incidentes de violencia contra las mujeres fueron registradas un total de 197,693 en el año 2019, para 2020 fueron 260,067, en 2021, 291,331, mientras que hasta abril del año 2022 106,441. (p. 93)

Ante esto, podemos observar que las medidas de confinamiento que se implementaron por el gobierno mexicano no consideraron la necesidad de que hubiera un acompañamiento por políticas efectivas para proteger a las mujeres, los niños, las niñas y los adolescentes; lo que derivó en un incremento de reportes por violencia, dejando ver que, si bien es cierto que las mujeres no tienen seguridad en el espacio público, tampoco lo tienen en sus casas. Es necesario reiterar aquí las masculinidades hegemónicas que prevalecen en la sociedad mexicana y que en un contexto de emergencia por pandemia las voces de las mujeres víctimas de violencia fueron menos escuchadas -si no es que silenciadas- no solo por sus agresores sino por las mismas instituciones que debieran protegerles reproduciendo sistemáticamente el flujo de violencia institucional tan ligada a la cultural.

Lo anterior aun y cuando existen previsiones respecto a la figura de la Alerta de Género la cual fue traída a cuadro por la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia (2007) que en su artículo 22 ha establecido:

Alerta de Violencia de Género contra las mujeres: Es el conjunto de acciones gubernamentales coordinadas, integrales, de emergencia y temporales realizadas entre las autoridades de los tres órdenes y niveles de gobierno, para enfrentar y erradicar la violencia feminicida en un territorio determinado; así como para eliminar el agravio comparado, resultado de las desigualdades producidas por ordenamientos jurídicos o políticas públicas que impiden el reconocimiento o ejercicio de los derechos humanos de las mujeres, las adolescentes y las niñas, a fin de garantizar su pleno acceso al derecho a una vida libre de violencias. El procedimiento para la emisión de la Alerta de Violencia de Género contra las mujeres deberá ser pronto y expedito, atendiendo a la situación de urgencia de los hechos documentados que motiva su solicitud y al territorio especificado en la misma, así como al principio de debida diligencia. (pp. 13, 14)

Asimismo, dicha Ley en su artículo 23 establece que dicha alerta tendrá como objetivos:

Garantizar la vida, la integridad, la libertad y la seguridad, así como el acceso a la justicia de las mujeres, adolescentes y niñas; II. Generar las condiciones y políticas públicas que contribuyan a la disminución y cese de la violencia feminicida en su contra, y III. Eliminar la desigualdad y discriminación producidas por ordenamientos jurídicos o políticas públicas que agravan los derechos humanos de las mujeres, adolescentes y niñas. (p. 14)

Sin embargo, a pesar de dichos esfuerzos nos surge la pregunta si han funcionado dichas alertas y cuál ha sido su impacto real en la disminución de la violencia feminicida, ya que según las apreciaciones estadísticas que reflejan niveles progresivos en aumento de la violencia feminicida podemos darnos cuenta que las acciones llevadas a cabo dentro de estas alertas no cumplen satisfactoriamente su propósito de garantizar la seguridad y cese de la violencia. Por tanto, no sólo debe analizarse que es lo que está fallando, sino por qué pasa. Esto implicaría la idea de que tal y como ocurre en una emergencia epidemiológica, sísmica o de cualquier otro tipo de desastre natural, la alerta debiera activarse en torno a una efectiva y eficaz acción de prevenir y no significarse en torno a sí misma como simple y llana data. Ya que la violencia contra la mujer se constituye en no solamente una clara violación a los derechos

humanos, sino que es en sí una limitación fundamental a que como ciudadanas se les garantice y reconozca el ejercicio y goce de sus derechos a la seguridad social e integridad en todos los ámbitos.

## **LA INVESTIGACIÓN CRIMINAL, LA SANCIÓN Y LA PREVENCIÓN**

En cuanto a la investigación criminal y los estándares de prueba debiera pensarse en el nivel de suficiencia que exigiría el condenarle a una persona por cometer feminicidio, ya que existen diversas consideraciones a tomar en cuenta para establecer dicho nivel de suficiencia, hablando no solo de las dificultades probatorias que por un lado nos llevarían a disminuir el estándar de prueba, pero por otro se nos obligaría a elevar tal estándar subrayando que las sanciones son muy altas -hablando de la pena privativa de libertad- lo cual significa un riesgo de error muy costoso. De lo anterior se deriva una inevitable tensión entre subir o bajar el estándar probatorio, misma tensión que se entrelaza ante el cuestionamiento sobre si resulta necesario tener diferentes estándares de prueba derivados de los diversos causales que se describen en el tipo penal.

Lo anterior se presenta muy confuso para los operadores jurídicos ineducados no sólo en perspectiva de género, sino además escasamente capacitados en investigación criminal dentro de las buenas prácticas; prueba de lo dicho es que, en el año 2020, la Fiscalía General de la República presentó la propuesta de eliminar el tipo penal de feminicidio, argumentando lo difícil que le es acreditarlo al Ministerio Público. Es claro que tales dichos y posicionamientos no pretenden de ninguna manera basarse en el conocimiento social, sino que llanamente van en defensa de la penología clásica y del imaginario cultural dominante, lo que muy desatinadamente permea la práctica diaria de la procuración y administración de justicia y que se refleja finalmente en violencia institucional.

En relación con tales posicionamientos, no debemos dejar de lado que la misma creación del Estado, los órdenes de aplicación de justicia, sus leyes y el mismo Derecho como tal son originalmente creados dentro de un androcentrismo, mediante prácticas de dominación meramente masculina. Por lo mismo debemos entender lo absurdo que podría resultar acudir a los mismos medios que someten a las mujeres para que sean estos mismos los

que les ayuden a prevenir las trasgresiones a sus vidas; aquí es donde podríamos encontrar una razón de peso por la cual el tener leyes no resulta un medio efectivo de prevención.

Ante esto, cuando se habla de la sanción de los delitos que contienen la violencia dirigida a mujeres por razones de género y en específico el delito de feminicidio, se contienen tipificaciones penales que desde el ángulo del sector social han generado una serie de interrogantes y reacciones opositoras. Sin lugar a duda la existencia del poder hegemónico patriarcal ha dado manifestaciones claras de su oposición respecto a la existencia de un tipo penal en específico para este acto criminal, los discursos opositores van desde mencionar que hay una injusticia aplicada al género masculino, que hay discriminación y que, en lugar de contribuir a la erradicación de la desigualdad entre mujeres y hombres, más bien se profundiza dicha desigualdad. Sin embargo, resulta obvio que dichas reacciones están motivadas por el deseo de permanencia en el poderío patriarcal, mismo que les ha permitido ejercer las violencias contra las mujeres de manera sistemática, por lo que la tipificación de esas violencias les implicaría una significativa merma de todas esas prácticas agresivas que son legitimadas e institucionalizadas dentro de un entramado social machista como lo es el mexicano.

Al llegar al apartado sobre la prevención resulta necesario entender las relaciones interpersonales y su implicación en el desarrollo de las violencias y las dinámicas de éstas. En primer lugar, se aborda la teoría de conflictos de Johan Galtung (1990) la cual nos habla de una dinámica de desarrollo triangular de las violencias en la que se interrelacionan entre sí y cuyo inicio puede ser en cualquier vértice. Así es como la violencia directa -la que comúnmente vemos por medio de nuestros sentidos directos de percepción- nos deja ver los moretones, las lesiones, los golpes y/o los insultos; dicha violencia es la que se reconoce como tal, pareciera ser la punta de un *iceberg* debajo de la cual subsisten de manera sistemática y continua por un lado la violencia cultural y por otro la estructural. En tanto la violencia cultural se refiere a elementos con los que confluyen las personas y con los que se identifican en su búsqueda de sentido de pertenencia, así tenemos entre otros a la religión, las prácticas étnicas y comunitarias, el lenguaje y lo que éste representa en la educación de los niños, niñas y adolescentes, la jerarquización de los núcleos familiares, el valor de las mujeres

y su desempeño de roles establecidos para éstas, el derecho y el arte. Asimismo, existe una violencia estructural que proviene de las desigualdades sociales, la estratificación social y la opresión.

En relación con lo anterior observamos que existe una relación directa entre la opresión y la generación de violencias, pues existe una opresión diferencial sobre la que Lagarde y de los Ríos (2019) nos refiere:

Las costumbres, las tradiciones, las características regionales, y fundamentalmente, las diferencias de clase -la diferente situación de las mujeres-, hacen que la opresión a la que están sometidas presente expresiones múltiples, concretas y diferenciales. Este hecho se ha interpretado, erróneamente, como si sólo las mujeres de las clases y grupos explotados vivieran oprimidas. Se confunde la explotación de clase con la opresión genérica. Todas las mujeres están sujetas a la opresión genérica, aun cuando sus condiciones de vida sean superiores, o gocen de privilegios de clase (tales como riquezas, salud, educación, viajes, condiciones burguesas de vida). La opresión es generalizada, abarca a todas y a cada una de las mujeres, independientemente de los sentimientos que suscite, de la valoración ética y moral que se le otorgue, y de que sea identificado el hecho opresivo como tal en la conciencia de las mujeres. (p. 103)

Es claro que no existe un solo factor que nos pudiera dar una explicación del por qué hay algunos individuos que se comportan de forma violenta o por qué hay sociedades más violentas que otras; es por esto que cuando hablamos desde el contexto de las ciencias sociales nos salta la necesidad de hablar de un modelo que integre las diferentes esferas que encierran las relaciones interpersonales, la manera en que un individuo interactúa con su medio ambiente y como acomoda sus características individuales al entorno que lo rodea. Dichas esferas se encuentran concéntricas partiendo desde una parte individual, un microsistema, un exosistema y un macrosistema; tal y como lo dice Bronfenbrenner (1987) al referirse al ambiente ecológico como ese conjunto de estructuras seriadas, donde cada una embona perfectamente dentro de la que le sigue, muy a semejanza de las muñecas rusas.

Por tanto, entender la manera en que estos factores se vinculan con la violencia es crucial cuando se habla de prevención; ya que al hablar tanto del nivel individual como del microsistema es observar lo más íntimo de los individuos, la manera en que un hombre concibe

su *hombria* y como ejerce opresión hacia la figura femenina violentándola. Debemos apuntar, además, que en el contexto social y cultural mexicano -basado en adultocentrismo y machismo- el punitivismo y la represión son concebidos como formas de educar a los más vulnerables dentro del hogar, quienes ante esta situación asumen su incapacidad de actuar y su falta de agencia, sobretudo porque desde la infancia se ha enseñado que cuando se presenta una situación con tensión la solución al conflicto se recurre como recurso de primer orden a la violencia.

Lo que explica que cuando las mujeres viven en condiciones de opresión y violencia dentro de sus hogares, éstas lo asumen como algo normal puesto que fueron criadas dentro de las mismas dinámicas violentas, los hombres por su lado tampoco comprenden de qué manera pudiera ser errónea su forma de comportarse si así es como les enseñaron que los hombres deben actuar. De esta manera podemos ver que los géneros tanto femenino como masculino han sido predispuestos a seguir en líneas de opresión por un lado y de sumisión por otra.

El exosistema nos habla de las relaciones dentro de la comunidad más próxima a la familia, es decir las instituciones del Estado que enlazan la cultura y el nivel individual, de manera imprescindible y puntual nos referimos a los centros educativos, religiosos y de recreación como los más significativos entre dichas instituciones. De cualquier manera, en todas estas instituciones se sigue la misma línea adulto céntrica y autoritaria en la que se carece de medios alternativos de solución de conflictos. Aunado a esto debe mencionarse que los planes de estudio son cuadrados y contienen sesgos estereotipados que fomentan la reproducción de violencias que se ven afianzadas con las vivencias individuales y familiares traídas a esta esfera.

En lo que refiere al macrosistema, debemos entender éste como aquella esfera en la que se reafirman todas las ideas establecidas en los contextos regidos por el patriarcado y el androcentrismo, hablando específicamente de la manera en que es normal ejercer el poder regido de manera vertical desde los hombres hacia las mujeres y desde los padres hacia la descendencia. Sin dejar de lado la interseccionalidad en la que podemos observar que desde la estratificación los hijos varones puedan –y de hecho es de esperarse– ejerzan violencia autoritaria hacia las

hermanas, todo basado y justificado en una supuesta protección de éstas.

## CONCLUSIONES

Históricamente se ha malinterpretado la lucha de las mujeres, dirigiendo y definiéndose ésta como una búsqueda de igualdad, dejando de lado al concepto de libertad como su verdadero objetivo; así las mujeres levantan la voz para ser escuchadas en sus solicitudes, para que sus necesidades no solo sean vistas, sino entendidas y tomadas en cuenta. En todo momento resulta preciso recordar que las luchas y pronunciamientos sociales desde el activismo, acompañados por aquellos que sobreviven a las mujeres víctimas de feminicidio, han sido un bastión imprescindible y elemento clave en lo que a los avances para visibilizar, cuestionar, exigir y ponderar la impartición de justicia en cuanto a los crímenes contra mujeres se refiere.

En relación a lo anterior es necesario considerar que a pesar de que México posee un tipo penal -que incluye y pronuncia las necesarias razones de género-, y que cuenta además con protocolos de actuación y alertas de violencia de género, nada parece ser lo suficientemente efectivo ante la imparable ola feminicida que arrecia día a día, cimbrando los sentires más profundos de una sociedad cansada de la impunidad y el desparpajo con que se llevan a cabo las investigaciones criminales en casos de feminicidio. Ante esto, debe considerarse pertinente el tener una tipificación de este acto criminal como un delito autónomo, puesto que esto nos posibilita el tener una visión de la conducta que es diferente a la del homicidio, ya que no sólo se atenta contra el derecho a vivir, sino contra una suma de derechos previos y posteriores a la privación de dicha vida; donde se habla de la dignidad, la integridad, la libertad y la seguridad a una vida libre de violencia.

Sin embargo, el apostar al derecho penal y lograr tipos penales que contengan penas máximas no es ni la única ni la mejor manera de conseguir una disminución en las altas cifras de feminicidios. Pues cuando se llega a este ámbito, es porque desafortunadamente ya hay una mujer asesinada, ya que el modelo punitivo llega, pero llega tarde. Es por eso que el populismo punitivo al cual se ha recurrido de manera constante no es ni ha sido eficiente, es crucial que se entienda que hay que realizar un desmontaje de las que son las causas y desencadenantes en la reproducción de acciones violentas, pero además se debe buscar frenar su



escalamiento, apostando por una transformación real del posicionamiento de la mujer dentro de la sociedad y darle un lugar como ciudadana que ejerza a plenitud sus derechos, a través de proyectos en políticas públicas donde haya instrumentos eficientes y con real aplicación. Como podemos observar, el feminicidio es un crimen muy complejo con basamentos estructurales y socioculturales que encierran las condiciones en que se mueven los grupos vulnerables como son además del género, la pobreza, la marginación, la desigualdad junto a la inobservancia de los derechos humanos.

Finalmente, es necesario educar a toda la sociedad sin distinción de su género y así dejar de lado esa imagen tan arraigada de lo que representa ser mujer y desligarla de la instrumentalización y posesión sobre los cuerpos de éstas; subrayando que no solo debemos referirnos al enfoque sexual sino de igual forma a otras imposiciones como lo es la maternidad forzada, lo cual encierra su rol de cuidadora, que la mantiene muy convenientemente dentro de la esfera de la vida privada. Por lo que trabajar en fortalecer las capacidades financieras, psicosociales y emocionales es crucial en importancia, si queremos mujeres que fluyan en una movilidad de independencia hacia contextos sociales que generen diálogos donde se aborden en concurrencia los conceptos jurídicos, sociales y de bienestar, que deriven en la disminución de los casos de feminicidio.

## FUENTES DE INFORMACIÓN

Asamblea General de las Naciones Unidas. (1979). *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*.

Brofenbrenner, U. (1987). *La Ecología del Desarrollo Humano*. Ediciones Paidós.

Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. (2012) Código Penal Federal, Libro Segundo, Título Decimonoveno - Delitos contra la Vida y la Integridad Corporal Capítulo V – Feminicidio.

Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. (2007). Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia (LGAMVLV).

Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión de México. (2017). Ley General en Materia de Desaparición Forzada de Personas, Desaparición Cometida por Particulares y del Sistema Nacional de Búsqueda de Personas.

Comisión Interamericana de mujeres de la Organización de Estados Americanos. (1994). Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención Belém do Pará).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2009). Caso González y Otras Vs. México (“Campo Algodonero”).

Crenshaw, K. (1989). Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics. *University of Chicago Legal Forum*, Issue 1, Article 8. pp. 139-167.

Delgadillo, V. Díaz, I. Salinas, L. (2015). *Perspectivas del estudio de la gentrificación en México y América Latina*. Instituto de Geografía. Universidad Autónoma de México.

El Universal (2019). Alerta ONU-DH sobre crisis forense en México. <https://www.eluniversal.com.mx/nacion/sociedad/alerta-onu-dh-la-comision-interamericana-sobre-crisis-forense-en-mexico>

Fiscalía General de la República de México. (2015). Protocolo de investigación ministerial, policial y pericial con perspectiva de género para el delito de Feminicidio.

Galtung, J. (1990). *Cultural Violence*, *Journal of Peace Research*, Vol. 27, No. 3. Aug. pp. 291-305

Giddens, A. (1984). *The Constitution of Society: Outline of the Theory of Structuration*. University of California Press.

Lagarde y de los Ríos, M. (1990). *Los Cautiverios de las mujeres. Madresposas, monjas, putas, presas y locas*. Siglo Veintiuno Editores.

Miller, W. R, Rosellin, R. A, Seligman, M. E. P. (2018). *Learned Helplessness and Depression*. International Psychotherapy Institute.

Mora Martínez, L. A., Monroy Álvarez, R. (2015). *La Basurización de los Cuerpos, Nuevas Maneras de Violencia en Morelos*. Universidad Autónoma del Estado de Morelos.

Montero Gómez A. (2001). Síndrome de adaptación paradójica a la violencia doméstica: una propuesta teórica. *Clínica y Salud*, vol. 12, núm. 1. P. 21. ISSN: 1130-5274.

Secretariado Ejecutivo del sistema Nacional de seguridad pública. (2022) <https://www.gob.mx/sesnsp/articulos/informacion-sobre-violencia-contra-las-mujeres-incidencia-delictiva-y-llamadas-de-emergencia-9-1-1-febrero-2019>

Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2015). Amparo en Revisión 554/2013 derivado de la solicitud de ejercicio de la facultad de atracción 56/2013. Quejosa Irinea Buendía Cortez.

# ¿PUEDE LA PRIVATIZACIÓN DE LAS CÁRCELES SOLUCIONAR LA CRISIS DEL SISTEMA PENITENCIARIO EN EL PERÚ?

## CAN THE PRIVATIZATION OF PRISONS SOLVE THE CRISIS OF THE PRISON SYSTEM IN PERU?

Augusto Renzo Espinoza Bonifaz  
ORCID: 0000-0002-3641-4868  
Facultad de Derecho USMP  
aespinozab@usmp.pe  
Perú

DOI: 10.24265/voxxuris.2023.v41n2.13

Recibido: 6 de diciembre de 2022.

Aceptado: 13 de febrero de 2023.

### SUMARIO:

- Introducción.
- Las penas perdidas.
- La privatización de la cárcel.
- ¿Es conveniente privatizar la cárcel?
- La experiencia peruana: cárceles productivas.
- Conclusiones.
- Fuentes de información.

### RESUMEN

El presente artículo de revisión se dedica, en la introducción, a describir la problemática identificada por el autor respecto al sistema penitenciario, como también a determinar los objetivos de este. Luego, se expone que el sistema penal, y no solamente su ámbito penitenciario, ha venido desperdiciando, durante muchos años, la posibilidad de que la pena privativa de libertad cumpla su finalidad resocializadora. Posteriormente, se explica qué implica privatizar la administración de las cárceles y cuáles son las ventajas y desventajas de hacerlo. A continuación, se describe la experiencia peruana de cárceles productivas impulsada desde el año 2017. Finalmente, se brindan las principales conclusiones a las que se han podido arribar como resultado de la investigación.

### PALABRAS CLAVES

Sistema penitenciario, privatización de las cárceles, cárceles productivas.

### ABSTRACT

This review article is dedicated, in the introduction, to describe the problems identified by the author regarding the prison system, as well as to determine its objectives. Then, it is

exposed that the penal system, and not only its prison environment, has been wasting, for many years, the possibility that the custodial sentence fulfills its resocializing purpose. Subsequently, it explains what privatizing prison administration implies and what are the advantages and disadvantages of doing so. The Peruvian experience of productive prisons promoted since 2017 is described below. Finally, the main conclusions that have been reached as a result of the investigation are provided.

### KEYWORDS

Penitentiary system, privatization of prisons, productive prisons.

*“Ninguna persona responsable castiga por el delito ya cometido, sino para evitar que se cometa en el futuro”*

*Platón*

### INTRODUCCIÓN

La prevención, detección, juzgamiento y sanción de la criminalidad es un problema neurálgico en nuestro país, el cual no encuentra solución pese a las diversas reformas administrativas y normativas que se han implementado. Parte de este problema, es la situación crítica por la que atraviesa, durante muchos años, el sistema penitenciario, el mismo que es resultado de la indiferencia e ineficaz gestión de los funcionarios a su cargo.

El Instituto Nacional Penitenciario (2022), en su informe estadístico de julio de este año, señala la existencia de 119% de sobrepoblación penitenciaria y 99% de hacinamiento penitenciario, situación que pone en evidencia que en las cárceles se vulneran derechos fundamentales de las personas ahí reclusas.

En estas circunstancias, resulta difícil que el régimen penitenciario pueda lograr la “reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad”, como lo establece el inciso 22 del artículo 139 de la Constitución Política, pues la cárcel no ofrece las condiciones necesarias para que la pena privativa de libertad pueda cumplir su fin resocializador.

Ante este escenario es válido preguntarse si el Estado resulta ser un buen gestor del sistema penitenciario y, si la situación de este sistema mejoraría con la privatización de la administración de las cárceles. Por ello, los objetivos del presente trabajo de investigación son: 1) Revelar que la crisis penitenciaria produce penas perdidas, 2) Explicar qué implica privatizar la administración de las cárceles y, 3) Establecer cuáles son las ventajas y desventajas de hacerlo.

Esta investigación resulta significativa, ya que busca analizar si resulta viable la privatización de las cárceles, con la finalidad de mejorar la situación del sistema penitenciario de nuestro país y, de esta manera, garantizar el respeto de los derechos fundamentales de las personas recluidas en los establecimientos penitenciarios. El enfoque metodológico utilizado es cualitativo, de tipo documental, y se emplea el método deductivo, comparado e interdisciplinario.

### **LAS PENAS PÉRDIDAS**

Respecto al hacinamiento penitenciario, nuestro Tribunal Constitucional ha señalado, en el fundamento jurídico N° 75 de la sentencia emitida el 26 de mayo de 2020 en el expediente N° 05436-2014-PHC/TC, que:

75. Dicho hacinamiento evidentemente ha repercutido en el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas privadas de su libertad y recluidas en establecimientos penitenciarios en el Perú, tanto más si se advierte que, junto al problema del hacinamiento crítico, existen también severas deficiencias en materia de infraestructura de los establecimientos penitenciarios, lo que incluye también la brecha y deficiente calidad de las instalaciones sanitarias, de salud, de seguridad, entre otros.

Asimismo, añade en los fundamentos jurídicos N° 77, 78 y 80 respectivamente, que:

77. En efecto, de las 8 Oficinas Regionales, por lo menos 6 tienen una “mala” infraestructura de pabellones, según el INPE, que es igual o mayor al 50 %. A su vez, el 49 % de las instalaciones de desagüe en los establecimientos penitenciarios

a nivel nacional son, asimismo, calificados como de mala calidad por el INPE.

78. Además, el 67 % de la infraestructura en salud, así como el 45 % de la infraestructura en seguridad a nivel nacional son consideradas como de mala calidad por el INPE a setiembre de 2019.

80. Por otro lado, de acuerdo al INPE, más del 50 % a nivel nacional de las personas privadas de su libertad en establecimientos penitenciarios no estudia ni trabaja. Así también, según la información alcanzada a este Tribunal, el INPE, a setiembre de 2019, solo contaba con dos médicos psiquiatras a nivel nacional para los correspondientes servicios médicos de los reclusos; además, el INPE indicó que, a dicha fecha, no tenía información sobre la población con discapacidad a nivel nacional, refiriendo que los espacios que estas personas usan son “iguales” a los de la población en general; y, también, que tampoco se contaba con información sobre la población LGTBI (ver página 61, 88 y 89 del documento remitido a este Tribunal mediante Oficio 1187-2019-INPE/01, obrante en el expediente de autos).

Esta situación revela que el sistema penal, y no solamente su ámbito penitenciario, ha venido desperdiciando, durante muchos años, la posibilidad de que la pena privativa de libertad cumpla su finalidad resocializadora. Por ello, Zaffaroni (1998) afirma la existencia de “una progresiva “pérdida” de las “penas”, es decir, de dolor sin sentido (perdido, o sea, carente de racionalidad)” (p.16).

Asimismo, resulta evidente que lo que la Constitución Política y las leyes establecen en materia penal y penitenciaria no se verifica en la realidad y, para ello, no es necesario realizar un estudio profundo de las instituciones penales, sino solamente efectuar una observación superficial de ellas. De esta manera, nos encontramos ante a un discurso jurídico penal puramente teórico, pues los encargados de llevarlo a la práctica no demuestran voluntad alguna para hacerlo efectivo. Además, esta situación se mantiene debido a la indiferencia por garantizar los derechos fundamentales de las personas recluidas en los establecimientos penitenciarios.

Lo señalado, demuestra la incapacidad del Estado peruano para gestionar el sistema penitenciario, manteniendo y reforzando la idea de que la cárcel es una “institución de secuestro” (Foucault, 1975), la cual, en lugar de mejorar a los presos, los deteriora. Este hecho también repercute en la percepción que tiene la ciudadanía sobre la institución carcelaria y en quienes tras cumplir

su pena egresan para intentar reinsertarse a la sociedad, ya que al ver la situación carcelaria es lógico pensar que nadie puede salir siendo mejor de ahí, sino todo lo contrario.

Aunado a ello, desde los establecimientos penitenciarios se cometen delitos, pues la cárcel no se encuentra realmente controlada por el Instituto Nacional Penitenciario sino por los mismos reclusos, hecho que se debe a la falta de agentes penitenciarios y a la corrupción existente, que permite que los internos tengan acceso a celulares para extorsionar o, que dentro de la prisión se comercialicen drogas.

Ante lo anotado, es totalmente válido preguntarse si existe alternativa para solucionar la crisis penitenciaria, o si solamente debemos esperar que el Estado se encargue de cumplir, y hacer cumplir, lo establecido constitucional y legalmente sobre los derechos fundamentales de los presos, en especial lo establecido en el inciso 21 del artículo 139 de la Constitución Política referente al “derecho de los reclusos y sentenciados de ocupar establecimientos adecuados”. Para ello, en el siguiente apartado explicaremos qué implica privatizar las cárceles.

### LA PRIVATIZACIÓN DE LA CÁRCEL

La sobrecriminalización, el aumento de la criminalidad y el uso excesivo de la prisión preventiva vienen generando que el presupuesto para solventar los gastos de las prisiones sea cada vez más elevado, sobre todo si se espera que la pena privativa de libertad tenga como función reeducar, rehabilitar y reinsertar al penado a la sociedad, pues, para ello, resulta necesario contratar profesionales calificados y contar con una infraestructura adecuada para tal fin.

Ante este panorama, en el que las deficiencias del sistema penitenciario resultan cada vez más difíciles de resolver por parte del Estado, en algunos países, se apuesta por la privatización de la administración de las cárceles como posible solución. Así, podemos definir a la privatización como “una transferencia o asignación sistemática de funciones y actividades tradicionalmente realizadas por el sector público al sector privado, con mayor o menor fiscalización de los servicios prestados” (De Melo, 2022, p. 145).

Si bien ha existido intervención privada en la actividad carcelaria, por ejemplo, suministrando diversos servicios al sistema público penitenciario, el origen de la privatización

de las cárceles se remonta a la década de los ochenta, del siglo pasado, en los Estados Unidos de Norteamérica, ya que en dicho momento surgen los primeros contratos para administrar las prisiones, los cuales de manera detallada establecen las condiciones y responsabilidades que debe cumplir el Estado y la empresa privada que asumirá la gestión del establecimiento penitenciario. “La prisión privada sería entonces una unidad penal cuya dirección y administración se encuentra a cargo de una entidad privada, permaneciendo bajo la responsabilidad del sector público en un régimen contractual con el Estado” (Sanz, 2000, p. 141-143).

En este sentido, apunta Schichor (1998):

Las autoridades estatales acuden al sector privado con la expectativa de contar con un aliado flexible y creativo, capaz de generar rentabilidad con la gestión penitenciaria mediante una operación más eficiente, de mayor calidad y a un menor costo que el de las agencias gubernamentales. (p. 82)

El despegue de la privatización de las cárceles se evidencia cuando el año 1983, en Estados Unidos de Norteamérica se funda *Corrections Corporation of America*, la cual, “participa desde 1994 en la bolsa de Nueva York y sus acciones han aumentado de forma sorprendente, de manera que la compañía se ha capitalizado en 3,5 billones de dólares, convirtiéndose en una apuesta casi segura para los inversionistas” (Arraigada, 2012, p.13).

Por otro lado, respecto a los modelos que han estado utilizándose para contratar a las empresas privadas, dependen de las actividades y servicios que ofrecen; no obstante, de acuerdo con Arraigada (2012) podríamos resumirlos en:

El modelo de *leasing*, en virtud del cual las empresas privadas, con capitales propios o aportados, diseñan, construyen e implementan el recinto penitenciario para luego traspasarlo al Estado cuando este haya pagado por dichas prestaciones en el plazo convenido; el modelo de privatización, que delega absolutamente la actividad penitenciaria en el sector privado, encargándose el Estado de su fiscalización; y el modelo mixto, que delega algunas actividades al sector privado, encargándose el Estado de cumplir las funciones de seguridad y vigilancia de los reclusos al interior del establecimiento. (p. 14).

Así, la idea de privatizar la cárcel se expandió a países de distintos continentes, en cada uno de ellos la privatización se plasmó de acuerdo con su entorno y contexto carcelario, no obstante, el concepto común que caracterizó todas ellas, fue la noción de que los privados representan

inestimables socios para administrar con eficiencia y eficacia las prisiones, pues tienen acreditada experiencia en el mercado de bienes y servicios.

Por eso, Cavise (1998) señala que la privatización de las cárceles es polémica. Los que están a favor indican que solo la empresa privada puede edificar prisiones rápidamente porque no tienen que cumplir con los procedimientos burocráticos, los cuales siempre dificultan la actividad pública, además el sector privado es flexible y se adapta mejor a nuevas necesidades. Los que se oponen manifiestan que el control de la criminalidad es un asunto público, por ello, al Estado “le incumbe la obligación de velar por que se cumplan los objetivos de la reclusión: ello supone un control permanente ejercido por una administración cuya motivación no es el lucro sino el bien del individuo y de la sociedad” (p. 20).

### ¿ES CONVENIENTE PRIVATIZAR LA CÁRCEL?

Lo primero que debemos apuntar, como lo indican Garrido, Stangeland y Redondo (2001) es que:

La gestión del sistema penitenciario implica costos de naturaleza distintas: hay gastos con instalaciones (mantenimiento, reparaciones, etc.) y administración (personal); gastos de seguridad, vigilancia y atención médica de los reclusos; y, por último, el costo de los programas que promueven la reinserción. Al examinar la relación entre estas diversas inversiones y las medidas inherentes a la resocialización (frecuencia en la progresión de regímenes y otorgamiento de salidas temporales, participación de los internos en actividades educativas, etc.), se observa que los establecimientos criminales de menor dimensión física –precisamente aquellos que, en una perspectiva económica, son más caros y costosos para cada preso – son los que logran los mejores resultados. (p. 797).

Por ello, como sostiene De Melo (2022):

El debate sobre la privatización de las cárceles parece girar en torno a dos ejes en los que se apoyan tanto los entusiastas de este modelo de gestión penitenciaria como sus críticos: a) el argumento de la eficiencia de la privatización (ahorro de costos, desburocratización, potencial de resocialización de los presos, etc.), aunque atrayente, serviría únicamente para encubrir el interés exclusivo de las empresas en el lucro y su compromiso con la racionalidad del mercado; b) los límites de la delegación al sector privado de una actividad siempre considerada

monopolio estatal, por implicar restricciones a los derechos fundamentales, particularmente a la libertad de la persona. (p. 149).

Así, los impulsores de la privatización de las cárceles señalan que las ventajas de hacerlo es el ahorro de la construcción de las prisiones y su mantenimiento, la mejora los servicios y la desburocratización de la gestión del personal. Lo cual se logra debido a que las empresas que buscan ser contratadas deben ofrecer propuestas que se destaquen por ser innovadoras y de calidad, sino no serán contratadas. Además, las empresas gestionan de una mejor manera su estructura organizativa, ya que administran de manera eficiente sus procesos, lo que usualmente no sucede con la administración pública, pues la burocracia impuesta por los organismos de control estatal genera procesos de contratación lentos y engorrosos.

Asimismo, la gestión privada de las cárceles produce que los funcionarios públicos que se relacionan con la empresa a cargo de la administración de la prisión mejoren sus rutinas y la calidad de su trabajo, ya que deben adaptar sus labores a los criterios de eficiencia y eficacia de la actividad empresarial privada.

De esta manera, como sostiene Prado (1995):

La proposición es tentadora (...) las empresas privadas se comportan en forma relativamente eficiente y construyen rápidamente cárceles modernas y adecuadas, con lo cual disminuye sensiblemente el hacinamiento y mejoran las condiciones de vida de los internos. Además, y ello es siempre importante y más cuando se incrementa el gasto social por la necesidad de controlar una criminalidad en aumento, las cárceles privadas operan con costos menores que los aparatos estatales. Así todo el mundo parece obtener ventajas. (p. 77).

En consecuencia, como indica Núñez y Rojas (2006):

Quienes apoyan la iniciativa de privatización de las cárceles, consideran las siguientes ventajas: es una buena solución para el problema del hacinamiento; significa un menor costo de la administración; con ella se van a dar mejores condiciones de vida para los internos; la participación del sector privado es la manera más eficaz de dar trabajo a los reclusos y en la administración de las cárceles, constituirá una oportunidad para generar riqueza; incluso, ello constituye una vía más rápida para llevar a cabo las reformas del sistema carcelario y supone una revisión de la normativa existente para todo el sistema carcelario. (pp. 20-21).

En este orden de ideas, la privatización de las cárceles se sustentaría en:

- a. Garantizar la seguridad del sistema penitenciario;
- b. Eliminar la sobrepoblación y hacinamiento en los centros penitenciarios;
- c. Mejorar los procedimientos para clasificar y ubicar a los presos;
- d. Garantizar que los presos accedan a programas para su resocialización, lo cual incluye formación académica y profesional, con el objetivo de disminuir la reincidencia;
- e. Respetar los derechos fundamentales de los presos;
- f. Prevenir y gestionar los conflictos internos que puedan suscitarse; y
- g. Disminuir los costos operativos.

Por otra parte, los que se encuentran en contra señalan que “la privatización es una herramienta política de la clase dominante. Basada en el argumento de que el Estado es pésimo administrador, se creó el mito acerca de la excelencia administrativa de los “*managerman*” y de sus entornos empresariales” (Núñez y Rojas, 2006, p.14). “Las cárceles pasan a ser sinónimo de dinero, pues en los edificios, en el equipamiento y en la administración, siempre intervienen empresas privadas que de una u otra forma compiten por ser concesionarios de este negocio” (Núñez y Rojas, 2006, p.18).

Señalan que el verdadero propósito de privatizar la cárcel es lucrar, pues este negocio resultará perfecto en la medida en que la población carcelaria se mantenga siempre en aumento.

Por ello, sostiene Bronstein (2003):

Alentar a los gobiernos para construir grandes y nuevas prisiones sin costos iniciales, ha sido la forma en que las empresas privadas aparecen en escena ofreciendo una solución. Sin embargo, en realidad, están creando más problemas que los ya existentes. Estas empresas privadas pretenden dar por concluido un debate esencial acerca de las sanciones más adecuadas para los delincuentes. La verdad es que a largo plazo, mediante la liberación de personas de la cárcel y a través del desarrollo de alternativas a la prisión, se ahorraría mucho dinero y se evitaría, en gran medida el daño individual y social. (p. 146)

Por lo tanto, se trataría de una medida que no solucionará los problemas endémicos del sistema penitenciario, pues resulta incorrecto, desde la perspectiva de la legitimidad del poder de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, que el

Estado reduzca todo el complejo problema social, político, filosófico y jurídico de la ejecución penal, exclusivamente, a un problema de coste beneficio” (Del Rosal, 1990, p. 579).

Además, Nathan (2005) señala que:

La cárcel privada es un negocio y los negocios deben expandir su mercado, en las cárceles privadas requieren más privados de libertad, no menos. Mientras unos trabajan tratando de tener menos personas en prisión, estas compañías tratan de tener más gente en la cárcel. Los privatizadores en el sector privado tienen como único propósito producir dinero y necesitan expandir su mercado.

En este sentido, Núñez y Rojas (2006) indican que:

La experiencia de Estados Unidos así lo ha demostrado. Por medio de muchos caminos las compañías de prisiones de ese país han ejercido una gran influencia en quienes tienen a su cargo la política en materia de justicia penal, no solo en el ámbito estatal sino también en el federal. (p. 69).

En la misma línea de ideas, Christie (1993) señala:

Considerando el delito como un recurso ilimitado de la industria del control del delito, este tipo de razonamiento nos parece peligroso. Los intereses económicos de la industria (...) siempre van a estar del lado de exceso de oferta, tanto de policía como de capacidad carcelaria. Esto significa que hay una fuerza extraordinariamente potente que apoya la expansión del sistema. (p. 118).

Por otro lado, los detractores de la privatización cuestionan la posibilidad de delegar el poder estatal de la ejecución de las sanciones penales a los particulares, pues este poder, por mandato constitucional, es y debe ser exclusivo del Estado, ya que es irrenunciable e intransferible, al respecto Del Rosal (1990) explica:

Desde el momento en que la organización de la ejecución penal ya no ha de servir únicamente a los fines que le vengan asignados por la legislación vigente, sino que en ella van a intervenir de forma decisiva los cambiantes intereses privados de la empresa concesionaria, los criterios de valoración y de selección del uso de la coacción y la fuerza se van, igualmente, a distorsionar, haciendo fácilmente su aparición la inseguridad y las desviaciones y abuso del poder. (p. 579).

Por lo dicho, parecería improbable la delegación de la ejecución del castigo a los particulares, pues como afirma Prado (1995):

El Estado por mandato de la ciudadanía, es la instancia que determina quiénes, dónde y en qué condiciones cumplirán penas las personas que han sido encontradas culpables de delitos. Ello exige

un control absoluto sobre el sistema de ejecución de las penas, control que la participación decisiva de instancias no- estatales impide o, al menos dificulta. Si se delegan esas funciones (...) es difícil encontrar razones para no privatizar las policías o los tribunales de justicia, lo que abre la posibilidad de abusos de todo tipo. (p. 81).

Por su parte Ríos (2022) señala que:

La privatización de las cárceles conlleva, de jure, forjar utilidades económicas desde la aguda y traumática experiencia de la pérdida de libertad de un ser humano. El Derecho no puede usarse para hacer del hombre una especie de activo financiero. En la mentalidad de rentabilidad privada, ajena a todo beneficio social, la reeducación, resocialización, rehabilitación y reintegración del penado a la sociedad, no se lograrían porque se considerarían un gasto y no una inversión. (p. 26).

### **LA EXPERIENCIA PERUANA: CÁRCELES PRODUCTIVAS**

Mediante el Decreto Legislativo N° 1343, publicado el 7 de enero de 2017, se buscó la “Promoción e Implementación de Talleres Productivos en los Establecimientos Penitenciarios y de Medio Libre; a fin de fortalecer el tratamiento penitenciario y post penitenciario, a través del desarrollo de actividades productivas con participación del sector público, privado y la sociedad civil”.

La finalidad del citado dispositivo legal es, entre otros, “cumplir con el propósito de la pena a través de la realización de actividades productivas para coadyuvar a la resocialización del condenado, mediante su capacitación en diversas actividades laborales y, regular las actividades productivas para incentivar la participación del sector privado en la resocialización de los internos” (artículo 3).

Para ello, “las instituciones públicas o privadas pueden suscribir convenios o contratos con el INPE para desarrollar productos o prestación de servicios específicos de corta duración en el marco de las actividades productivas que se desarrollan en los talleres y actividades productivos individuales o grupales, de acuerdo al ordenamiento jurídico vigente” (artículo 13).

Asimismo, “el INPE promueve la participación de personas naturales o jurídicas de derecho privado, de acuerdo con lo dispuesto por el marco normativo vigente, para la implementación y administración de talleres productivos de los establecimientos penitenciarios o de medio libre” (artículo 23). Además, “las personas

naturales o jurídicas de derecho privado que administran talleres productivos pueden celebrar contratos de capacitación con la población penitenciaria que no cuenta con destreza laboral a fin de complementar su proceso de capacitación y su incorporación a las actividades productivas” (artículo 26).

Loayza (2020) en su tesis “De talleres de trabajo a cárceles productivas: Explicando los cambios en el trabajo penitenciario durante el gobierno de PPK (2016-2018) en Perú”, concluyó que:

La importancia de estos cambios recae en que ningún gobierno anterior había tenido la voluntad política de transformar los talleres de trabajo de los centros penitenciarios en un programa de alcance nacional institucionalizado, como se hizo durante la presidencia de PPK.

Con la llegada de PPK al gobierno en 2016, no se esperaba iniciativas como Cárceles Productivas, pues los gobiernos de derecha no suelen promocionar política en pos de derechos humanos y se los suele asociar a los intereses de grandes empresas, lobbies y la poca preocupación por cuestiones sociales.

A través de las entrevistas realizadas a informantes clave para esta tesis

se encontró que un factor importante para la implementación de Cárceles

Productivas sería la iniciativa y liderazgo de un burócrata intermedio con la voluntad de hacer cambios significativos durante su gestión. Es a partir de la gestión de Carlos Vásquez Ganoza, ex presidente del INPE (2016-2018) que se hace posible la formulación e implementación y desarrollo de Cárceles Productivas. Los cambios que se logran durante esta gestión tienen como finalidad mejorar la condición de los presos y abarcan la inclusión de diferentes sectores de la sociedad, como empresas privadas, en la reinserción social y laboral de los internos; el intento de la institucionalización del programa; así como la posibilidad de que las empresas privadas instalen sus talleres productivos dentro de las cárceles.

La explicación de la transformación del trabajo penitenciario tiene como principal factor al liderazgo e iniciativa de este burócrata. Sin embargo, (...) este burócrata contó con el respaldo político necesario para seguir adelante con la iniciativa.

Por parte de la ideología política, un factor importante para el éxito de Cárceles Productivas fue la participación de la empresa privada. (...)

A través de la gestión de diferentes Cámaras de Comercio en todo el país y de las empresas



privadas se pudo emplear a parte de la población penitenciaria. Sin embargo, la participación de las empresas privadas, ponen en evidencia las deficiencias del estado peruano, pues durante muchos años no hubo grandes cambios en el trabajo penitenciario. La participación e involucramiento de la empresa privada implica que se cambien algunos elementos infraestructurales y que los programas se desempeñen mejor. Desde lo contado por las personas que fueron entrevistadas, es evidente el entusiasmo de las empresas y Cámaras de Comercio por el programa Cárceles Productivas (...)

Cárceles Productivas puede tener debilidades, como cualquier política pública. Existen aspectos a mejorar, como establecer o delimitar las modalidades de trabajo con las empresas privadas y que así puedan funcionar de la misma forma en todas las regiones o la simplificación de procesos, pues durante las entrevistas se sugirió que podían encontrarse algunas fallas administrativas. Sin embargo, es una iniciativa que ayuda a proteger y preservar los derechos de la población penitenciaria.

El programa ha demostrado que la población penitenciaria es capaz de elaborar productos de alta calidad y competitivos en el mercado y ha logrado dar una segunda oportunidad a las personas privadas de libertad. Este tipo de programas es capaz de dar soluciones a largo plazo pues otorga a sus beneficiarios capacidades que les serán útiles en cualquier circunstancia. Por esta razón, este tipo de programas deberían seguir implementándose con diferentes poblaciones pues sería una manera de que puedan sostenerse económicamente a través de las capacidades que adquirieron. (pp. 64-67).

Por otro lado, de acuerdo con Delgado (2019):

En el 2017, el INPE organizó 13 encuentros empresariales en todo el país. Los más destacables fueron con la Cámara de Comercio de Lima (CCL) y la Asociación de Exportadores (ADEX), entidades que abrieron sus puertas e invitaron a sus agremiados para recibir información sobre el tema. (...) Se informó sobre los 306 talleres productivos que funcionan en los penales a escala nacional tales como zapatería, textiles, costura, carpintería, panadería y otros más; además la posibilidad de contratar la mano de obra de 25,596 internos que están inscritos en el área de trabajo de sus respectivos centros penitenciarios, los que están deseosos de empezar a trabajar para los empresarios. (...) El impacto de estas acciones con los empresarios fue realmente sorprendente, pues no solo nació el interés de iniciar negocios rentables, sino también el profundo deseo de hacer algo positivo por ayudar a estas personas privadas de libertad que solo piden una oportunidad para empezar una nueva

vida. A la fecha, la cifra de internos contratados por las empresas participantes de Cárceles productivas llega a más de 1,307 reclusos en todo el país, de los cuales 216 son mujeres. Todos ellos reciben un pago fijo bajo la modalidad de trabajo a destajo. La proyección es incluirlos en planilla, con los descuentos de ley por el concepto de reparación civil a favor del Estado. Eso, desde ya, aseguraría una justicia restaurativa para la sociedad. (pp. 4-5)

## CONCLUSIONES

Es evidente que la situación crítica que atraviesa el sistema penitenciario de nuestro país, el cual vulnera de manera sistemática los derechos humanos de los privados de libertad, obliga a buscar nuevas alternativas para superarlo, entre ellas, la experiencia comparada nos sugiere la privatización de las cárceles.

Como hemos podido observar existen posiciones a favor y en contra de esta medida, las cuales cuentan con argumentos razonables que las apoyan respectivamente, enriqueciendo con ello el debate sobre el tema en beneficio de optar por una mejor decisión. Sin embargo, respondiendo el título de este artículo de investigación consideramos que la privatización de las cárceles no alcanzaría para solucionar la crisis del sistema penitenciario del Perú, pues las causas que la originan no dependen únicamente de quién administra los centros penitenciarios, sino de la sobrecriminalización primaria y secundaria producidas por el populismo punitivo que se ha cimentado en nuestra región hace muchos años, así como por la corrupción estructural que sufrimos en nuestra sociedad.

No obstante, se opte o no por la privatización de la cárcel, se requiere de voluntad política para transformar radicalmente la situación actual de los centros penitenciarios de nuestro país, pues no debemos ser indiferentes ante las violaciones que día a día sufren los presos, y menos aun, promover un sentimiento social de venganza contra las personas que cometen delitos, incitando discursos que difundan la idea que las personas privadas de libertad deben sufrir física y emocionalmente en la cárcel para pagar sus culpas.

Finalmente, una opción intermedia es la impulsada a través del programa “Cárceles productivas”, creado a través del Decreto Legislativo N° 1343, que al parecer, otorgándole mayor apoyo y vigilancia en el respeto de los derechos laborales de los internos, podría constituirse como una opción idónea para que

los presos perciban ingresos producto de su trabajo durante sus estancia en la cárcel, así como, para facilitar y garantizar su reinserción social al momento de egresar del centro penitenciario tras cumplir su condena.

### FUENTES DE INFORMACIÓN

Arraigada, I. (2012). De cárceles y concesiones: Privatización carcelaria y penalidad neoliberal. *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. XXV, N° 2, pp. 9-31.

Bronstein, A. (2003). La privatización de la cárcel. *Revista Defensa Pública*, Número 3.

Cavise, L. (1998). La privatización de las cárceles. *El correo de la UNESCO*, pp. 20-22.

Christie, N. (1993). *La industria del control del delito ¿La nueva forma del holocausto?* Editores del Puerto.

De Melo, M. (2022). Privatización de las cárceles y trabajo: ¿Fórmula para la reinserción o racionalidad del mercado? *Revista LEX de Criminología & Vitimología*, Vol. 1, Número 3, pp. 136-152.

Del Rosal, B. (1990). *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Editorial Centro de Publicaciones Gran Vía.

Delgado, C. (2019). Cárceles productivas. No todo es un negocio. *El Peruano*. <https://www.inpe.gob.pe/prensa/noticias/item/2769-publican-informe-especial-de-c%C3%A1rceles-productivas-en-diario-el-peruano.html>

Foucault, M. (1975). *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*. Siglo XXI Editores.

Garrido, V.; Stangeland, P. y Redondo, S. (2001). *Principios de Criminología*. Tirant lo Blach. Instituto Nacional Penitenciario (2022). *Informe estadístico – julio 2022*.

Loayza, V. (2020). De talleres de trabajo a Cárceles Productivas: Explicando los cambios en el trabajo penitenciario durante el gobierno de PPK (2016-2018) en Perú. Tesis para optar el título de licenciada en Ciencia Política y Gobierno, Pontificia Universidad Católica del Perú.

Nathan, S. (2005, 3 de diciembre). *Cárceles privadas* (Conferencia). Universidad Estatal a Distancia, San José de Costa Rica, Costa Rica.

Núñez, E. y Rojas, F. (2006). *La privatización de las cárceles: El caso de Costa Rica*. Universidad Estatal a Distancia.

Prado, F. (1995) Consideraciones en torno a las cárceles privadas. *Revista Chilena de Ciencia Penitenciaria y de Derecho Penal*, Número 21, de marzo a diciembre.

Ríos, G. (2022). La privatización de las cárceles. Especial referencia al caso peruano y de la Región Indoamericana. *Crimifair Maganize*, Vol. 9, octubre, pp. 22-29.

Sanz, E. (2000). *Las prisiones privadas: la participación privada en la ejecución penitenciaria*. EDISOFER.

Schichor, D. (1998). Private prisons in perspective: some conceptual issues. *The Howard Journal*, Vol. 37, N° 1, pp. 82-100.

Zaffaroni, E. (1998). *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídica penal*. EDIAR.

## **NORMAS PARA LA PUBLICACIÓN - INFORMACIÓN PARA LOS AUTORES**

### **Presentación de contribuciones**

Las contribuciones que se presenten pueden ser artículos científicos e informes finales de trabajos de investigación teóricos o de campo, referidos al ámbito científico, académico y profesional del Derecho y disciplinas afines.

No es necesario ser docente o graduado de la Universidad de San Martín de Porres para la presentación de contribuciones. Basta con tener grado académico o licenciatura en Derecho, Filosofía, Ética o Ciencias Sociales.

Las contribuciones que se presenten pueden ser artículos originales; artículos de revisión; artículos de opinión; artículos de análisis de casos; artículos de índole histórica en Derecho y las otras áreas científicas de la revista; y semblanzas de juristas o científicos sociales.

### **Normas generales**

Las contribuciones deben ser originales e inéditas y no podrán ser postuladas simultáneamente para su publicación en otras revistas.

Para ser publicables, los trabajos deben ceñirse, tanto en su formato como en su contenido, a las normas de la American Psychological Association (APA), en su última edición.

Las contribuciones deben estar redactadas en idioma español, en tipo de letra Times New Roman, tamaño de fuente 12 picas, a espacio simple y con márgenes de 25 mm.

Es política de la revista priorizar la publicación de los artículos de acuerdo con los temas de interés.

### **Envío de artículos**

Las contribuciones propuestas para su publicación pueden ser enviadas con una carta electrónica dirigida al Presidente del Consejo Editorial de la revista a la dirección electrónica del Instituto de Investigación Jurídica:

investiga\_derecho@usmp.pe, con mención del título y el (los) autor (es) del trabajo.

También podrán ser enviadas a través del sistema Open Journal System (OJS), iniciando sesión y/o registrándose desde el menú principal (<http://www.aulavirtualusmp.pe/ojs/index.php/VJ/index>). Una vez registrado le llegará un mensaje a su dirección electrónica confirmando el registro y los datos para acceder al sistema, en el cual podrá seguir el proceso de su contribución.

### **Documentación obligatoria a presentar**

El autor deberá adjuntar obligatoriamente a su contribución los documentos siguientes:

1. Carta dirigida Presidente del Consejo Editorial de la revista Vox Juris, solicitando la evaluación de su contribución.
2. Declaración Jurada y autorización para publicar, debidamente firmada, reconociendo que la contribución presentada es de su propiedad intelectual y que no ha sido publicado ni presentado para evaluación en otra revista.
3. Filiación institucional.
4. Contribuciones de autoría.
5. Fuente de financiamiento.
6. Declaración de conflictos de interés.
7. Datos de correspondencia.

### **Estructura de los artículos**

Extensión: Mínimo 12 páginas. En cada página, mínimo 28 líneas de texto.

Tipografía: Times New Roman 12 puntos.

En la primera página debe figurar el título del trabajo en idioma español y traducido al idioma inglés; nombre completo del (los) autor(es), su filiación institucional, número de ORCID, correo electrónico y país; resumen y abstract,

que no excedan las 250 palabras (deben reflejar el objetivo del estudio, el método y los principales resultados o conclusiones); palabras clave, con un mínimo de tres y un máximo de seis, ordenadas alfabéticamente y su traducción al idioma inglés; y el sumario.

**El artículo original:** Contiene una investigación inédita, como el producto final de una investigación científica de campo, que muestra y discute los resultados.

**El artículo de revisión:** Sintetiza, analiza y actualiza un tema. Es una investigación original, inédita y teórica.

**El artículo de opinión:** Expone y argumenta sobre el pensamiento de un académico o científico social acerca de un tema. Su extensión no debe ser mayor a seis páginas.

**El artículo histórico:** Narra y expone acontecimientos trascendentales en las áreas científicas de la revista.

**Semblanza:** Artículo biográfico de un jurista o científico social, nacional o extranjero, cuya labor científica o profesional haya tenido particular influencia en el Derecho o ciencia social respectiva, en su enseñanza e investigación.

### **Consideraciones de figuras y tablas**

Las figuras son dibujos, mapas, fotografías, diagramas, gráficos estadísticos, esquemas o cualquier ilustración que no sea tabla.

Las tablas son elementos que contienen la información necesaria, en contenido y título, para poder interpretarse sin necesidad de remitirse al texto. Tienen solo líneas horizontales para separar el encabezado del cuerpo de la tabla. No deben incluir líneas verticales.

Los artículos que contengan figuras y tablas deberán incluir un sumario de éstas a continuación del sumario principal.

### **Citas de texto y referencias bibliográficas**

Las citas de texto y referencias bibliográficas se ciñen al estilo de citación APA en su última edición.

### **Coautoría**

Conforme con las normas COPE y considerando que un artículo es el resultado de una investigación o de un trabajo académico previo, hay dos dimensiones a considerar en las contribuciones a un artículo: La investigación: En esta dimensión se sitúan las contribuciones que se pueden hacer (1) en el diseño de la investigación; o (2) en la adquisición; o (3) en el análisis e interpretación de los datos.

**El artículo en sí mismo:** En esta otra dimensión se encuentran las contribuciones que se pueden hacer (4) en el borrador del artículo; o (5) en la revisión crítica del mismo en aspectos intelectualmente importantes.

En las dos dimensiones son necesarias contribuciones sustanciales o críticas. Por tanto, una observación, un comentario o un mero intercambio de opiniones, por ejemplo, no califican como contribuciones sustanciales. Además, no es suficiente con contribuir a una de las dos dimensiones, aunque haya sido de modo sustancial. Debe existir una contribución a ambas: investigación y artículo.

En resumen, para poder formar parte de la autoría de un artículo, es necesario:

Haber hecho contribuciones significativas al menos en uno de los apartados enumerados del 1 al 3; haber contribuido al menos en uno de los apartados del 4 al 5; y haber dado la aprobación a la versión final del artículo.

Si alguien ha satisfecho una o dos de las condiciones, pero no las tres, entonces podemos: a) mencionar a esa persona en los agradecimientos; o b) citar alguna de sus publicaciones siempre que esté relacionada directamente con el artículo y hayamos utilizado ideas del mismo; pero no podemos añadirlo como coautor.

### **Consideraciones éticas en investigación y publicación**

La revista Vox Juris se ciñe a los estándares de ética vigentes en la investigación y publicación científica, durante el proceso de revisión y la publicación. Se procederá a seguir las recomendaciones del Comité de Ética de la Universidad y el Comité de Ética en Publicación (COPE). Las formas más usuales de faltas éticas

en las publicaciones son el plagio, la autoría honoraria o ficticia, la manipulación de datos y el intento de publicación duplicada o redundante.

La revista cuenta con el software Turnitin de reporte de similitud.

### **Descargo de responsabilidad**

La revista no se solidariza necesariamente con la opinión de los autores de las contribuciones.

### **Pagos por publicación de artículos**

La revista no cuenta con cargos o tasas por la publicación de las contribuciones enviadas por los autores ni cargos por la recepción de los artículos.

### **Proceso editorial**

Las contribuciones serán presentadas y sometidas a consideración del Consejo Editorial, para determinar si corresponde a la línea editorial de la revista y si requiere pasar a un proceso de evaluación por pares, de lo contrario será devuelto a su autor.

### **Sistema de arbitraje y revisión por pares**

El sistema de arbitraje se realiza en dos etapas, en la primera de ellas, se verificará que el artículo cumpla con los aspectos formales: esta criba es realizada por un especialista designado por el presidente del Consejo Editorial. De no cumplir con las normas estipuladas por la revista estos manuscritos serán devueltos a los autores para que se realicen los ajustes correspondientes.

En la segunda etapa se evalúa el contenido y aporte científico de la contribución bajo el sistema doble ciego (los árbitros no conocen la identidad de los articulistas y viceversa), para lo cual es remitida a dos pares revisores externos. El dictamen será comunicado al autor en un plazo no mayor a 60 días. El proceso de dictamen exige anonimato en todo

momento. Si hay pareceres distintos entre los dos revisores, se buscará a un tercer evaluador.

El editorial, la semblanza y el artículo histórico, son evaluados solo por un miembro del Consejo Editorial.

El artículo tiene tres modalidades de evaluación:

- Está listo para publicar.
- Han de llevarse a cabo algunas modificaciones.
- No se recomienda su publicación.

Los articulistas pueden preguntar en todo momento sobre el proceso de arbitraje de su manuscrito. Los autores son comunicados por el Consejo Editorial sobre la decisión tomada por los pares evaluadores. Si se formularan observaciones, estas deberán ser evaluadas por los articulistas, quienes informarán en un plazo no mayor a 30 días; transcurrido dicho lapso, el artículo será considerado como nuevo en la lista de espera.

Los trabajos aceptados y editados son remitidos a los articulistas para su revisión, estos serán devueltos acompañados de una carta de conformidad para su publicación en el número respectivo de la revista, en el lapso de 30 días.

Las opiniones y datos que figuran en esta revista son responsabilidad de los autores. Si un trabajo es aceptado para su publicación, los derechos de impresión y reproducción por cualquier forma y medio son de la revista.

### **Proceso final**

Las contribuciones que son aprobadas para su publicación pasarán el proceso final de edición. Las pruebas de imprenta serán presentadas a los autores para el control respectivo. Los cambios que se puedan realizar solo serán en corrección de estilo, corrección de inglés, más no de contenido. Las pruebas deben ser devueltas en un plazo máximo de siete días por los autores, de lo contrario se dará por aceptada la versión final.

## **RULES FOR PUBLICATION - INFORMATION FOR AUTHORS**

### **Presentation of contributions**

Contributions submitted may be scientific articles and final reports of theoretical or field research work, related to the scientific, academic and professional field of law and related disciplines.

It is not necessary to be a teacher or graduate of the University of San Martín de Porres for the presentation of contributions. It is enough to have an academic degree or a degree in Law, Philosophy, Ethics or Social Sciences.

The contributions submitted can be original articles; review articles; opinion articles; case analysis articles; articles of a historical nature in Law and the other scientific areas of the journal; and profiles of jurists or social scientists.

### **General rules**

Contributions must be original and unpublished and may not be postulated simultaneously for publication in other journals.

In order to be publishable, the works must conform, in both format and content, to the standards of the American Psychological Association (APA), in its latest edition.

The contributions must be written in Spanish, in Times New Roman font, font size 12 picas, with simple space and margins of 25 mm.

It is the journal's policy to prioritize the publication of articles in accordance with the topics of interest.

### **Shipping of items**

The proposed contributions for publication may be sent with an electronic letter addressed to the President of the Editorial Board of the journal to the electronic address of the Institute of Legal Research: [investiga\\_derecho@usmp.pe](mailto:investiga_derecho@usmp.pe), mentioning the title and the author (s) from work.

They can also be sent via the Open Journal System (OJS) system, by logging in and / or registering from the main menu (<http://www.aulavirtualusmp.pe/ojs/index.php/VJ/index>). Once registered you will receive a message to your email confirming the registration and the data to access the system, in which you can follow the process of your contribution.

### **Mandatory documents to submit**

The author must attach the following documents to his contribution:

1. Letter addressed Chairman of the Editorial Board of the journal Vox Juris, requesting the evaluation of his contribution.
2. Affidavit and authorization to publish, duly signed, acknowledging that the submitted contribution is your intellectual property and has not been published or submitted for evaluation in another journal.
3. Institutional affiliation.
4. Authorship contributions.
5. Source of financing.
6. Declaration of conflicts of interest.
7. Correspondence data.

### **Structure of the articles**

Extension: Minimum 12 pages. On each page, minimum 28 lines of text.

Typography: Times New Roman 12 points.

The first page must include the title of the work in Spanish and translated into English; full name of the author (s), their institutional affiliation, ORCID number, email and country; abstract and abstract, not exceeding 250 words (they must reflect the objective of the study, the method and the main results or conclusions); Keywords, with a minimum of three and a

maximum of six, arranged alphabetically and their translation into English; and the summary.

The original article: Contains an unpublished investigation, as the final product of a scientific field investigation, which shows and discusses the results.

The review article: Synthesize, analyze and update a topic. It is an original, unpublished and theoretical investigation.

The opinion article: Exposes and argues about the thinking of an academic or social scientist about a topic. Its length should not be more than six pages.

The historical article: It narrates and exposes momentous events in the scientific areas of the magazine.

Profile: Biographical article of a jurist or social scientist, national or foreign, whose scientific or professional work has had a particular influence on the respective Law or social science, in their teaching and research.

### **Considerations of figures and tables**

Figures are drawings, maps, photographs, diagrams, statistical graphs, diagrams or any illustration other than table.

Tables are elements that contain the necessary information, in content and title, to be interpreted without having to refer to the text. They have only horizontal lines to separate the header from the body of the table. They should not include vertical lines.

Articles containing figures and tables must include a summary of these following the main summary.

### **Quotes of text and bibliographical references**

The citations of text and bibliographical references follow the style of APA citation in its last edition.

### **Co-authorship**

In accordance with the COPE standards and considering that an article is the result of a previous research or academic work, there are

two dimensions to consider in contributions to an article:

Research: In this dimension are the contributions that can be made (1) in the research design; or (2) in the acquisition; or (3) in the analysis and interpretation of the data.

The article itself: In this other dimension are the contributions that can be made (4) in the draft article; or (5) in the critical review of it in intellectually important aspects.

In both dimensions substantial or critical contributions are necessary. Therefore, an observation, a comment or a mere exchange of opinions, for example, does not qualify as substantial contributions. In addition, it is not enough to contribute to one of the two dimensions, although it has been substantially. There must be a contribution to both: research and article.

In summary, in order to be part of the authorship of an article, it is necessary:

Have made significant contributions in at least one of the sections listed from 1 to 3; have contributed at least one of the sections 4 to 5; and have approved the final version of the article.

If someone has satisfied one or two of the conditions, but not all three, then we can: a) mention that person in the acknowledgments; or b) cite any of its publications as long as it is directly related to the article and we have used ideas from it; but we cannot add it as co-author.

### **Ethical considerations in research and publication**

Vox Juris magazine adheres to the ethical standards in force in scientific research and publication, during the review and publication process. The recommendations of the University Ethics Committee and the Ethics Committee in Publication (COPE) will be followed. The most common forms of ethical misconduct in publications are plagiarism, honorary or fictitious authorship, data manipulation and attempted duplicate or redundant publication. The magazine's similarity reporting software is the Turnitin.

### **Disclaimer of liability**

The journal does not necessarily sympathize with the opinion of the authors of the contributions.

### **Payments for publication of articles**

the journal has no charges or fees for the publication of the contributions sent by the authors or charges for the receipt of the articles.

### **Editorial process**

The contributions will be presented and submitted for consideration by the Editorial Board, to determine if it corresponds to the editorial line of the journal and if it requires going through a peer evaluation process, otherwise it will be returned to its author.

### **Arbitration system and pair review**

The arbitration system is carried out in two stages, in the first one, it is verified that the article complies with the formal aspects: this sieve is made by a specialist appointed by the president of the Editorial Board. Failure to comply with the standards stipulated by the journal these manuscripts will be returned to the authors to make the corresponding adjustments.

In the second stage, the content and scientific contribution of the contribution is evaluated under the double-blind system (the referees do not know the identity of the contributors and vice versa), for which it is sent to two external peer reviewers. The opinion will be communicated to the author within a period of no more than 60 days. The opinion process requires anonymity at all times. If there are different opinions between the two reviewers, a third evaluator will be sought.

The editorial, the semblance and the historical article, are evaluated only by a member of the Editorial Board.

The article has three modes of evaluation:

- You are ready to publish.
- Some changes have to be made.
- Not recommended for publication.

Article writers can ask at any time about the arbitration process of their manuscript. The authors are informed by the Editorial Board of the decision taken by the evaluating peers. If observations are made, these should be evaluated by the writers, who will report within a period of no more than 30 days; after this lapse, the article will be considered as new in the waiting list.

The accepted and edited works are sent to the columnists for their review, these will be returned accompanied by a letter of agreement for publication in the respective issue of the magazine, within 30 days.

The opinions and data contained in this journal are the responsibility of the authors. If a work is accepted for publication, the rights of printing and reproduction by any means and means are from the journal.

### **Final process**

Contributions that are approved for publication will go through the final editing process. The proofs of printing will be presented to the authors for the respective control. The changes that can be made will only be in correction of style, correction of English, but not of content. The proofs must be returned within a maximum period of seven days by the authors, or otherwise the final version will be accepted.



**VOX JURIS 41 N° 2**

Se diagramó en el

Fondo Editorial USMP

Jr. Las Calandrias 151-291, Santa Anita, Lima 43 -Perú

Correo electrónico: [fondoeditorial@usmp.pe](mailto:fondoeditorial@usmp.pe)

Teléfono: (51-1) 362-0064 anexo: 3262

Octubre 2022 Lima - Perú